

## Формализм и реализм в руинах (обозначение логики коллапса)<sup>1</sup>

Пьер Шлаг<sup>2</sup>

Профессор юридического факультета Университета Колорадо (Колорадо, США)

### Аннотация

После изложения общепринятого подхода к спору между формализмом и реализмом в статье утверждается, что формализм и реализм невозможны, и укоренены в правовой мысли. Сказать об их невозможности означает сказать, что они неверно заявлены и не могут предоставить обещанные блага. Сказать об их укорененности означает сказать, что эти мыслительные традиции закрепляются в качестве идеи и практики во всей империи права. Мы живем, таким образом, среди руин формализма и реализма. Споры между этими великими детерминантами американской правовой мысли продолжаются по сей день, но обычно в более локализованной или ограниченной форме. Мы видим версии споров, например, в стилистических разногласиях по поводу желаемой формы судебных доктрин (нормы против стандартов), или наилучшей трактовки ключевых политических ценностей, таких как равенство (формальное против фактического), или надлежащего способа судебного толкования (текстуальный против телеологического). Даже аргументы, составляющие локализованные варианты спора, остаются неубедительными. Автор завершает статью описанием «логики коллапса» — в частности, некоторых критических ходов, которые подрывают риторическую и интеллектуальную силу споров о формализме и реализме и их локализованных вариантов. Целей здесь несколько. Во-первых, способность применять критические ходы помогает в анализе. Прежде всего, это помогает показать, как строятся аргументы и насколько они опровергнуты с риторической и интеллектуальной точек зрения. Во-вторых, вместе с этим критические ходы позволяют нам не поддаваться аргументам спора формализма и реализма и их локализованным вариантам. В-третьих, цель в том, чтобы показать, как нашу формалистическую и реалистическую аргументацию уже превзошла юридическая «логика», которая подрывает убедительность этой аргументации.

*Ключевые слова:* формализм в праве, реализм в праве, Пьер Шлаг.

*Для цитирования:* Шлаг П. Формализм и реализм в руинах (обозначение логики коллапса) / пер. с англ. А. М. Хмелевского, под ред. Е. Г. Самохиной. Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2024. № 4 (22). С. 18–55. DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-18-55. EDN: YIJJNT

### Abstract

After laying out a conventional account of the formalism vs. realism debates, this Article argues that formalism and realism are at once impossible and entrenched. To say they are impossible is to say that they are not as represented — that they cannot deliver their promised goods. To say that they are entrenched is to say that these forms of thought are sedimented as thought and practice throughout law's empire. We live thus amidst the ruins of formalism and realism. The disputes between these two great determinations of American law continue today, but usually in more localized or circumscribed forms. We see versions

<sup>1</sup> Schlag P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse). Iowa Law Review, 2009. Vol. 95. No. 195. Перевод А. М. Хмелевского (студент юридического факультета НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург, исследователь научно-учебной группы «Государство, церковь и право»; редактор — Е. Г. Самохина, канд. юрид. наук, доцент НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург).

<sup>2</sup> Теоретик права и профессор юридической Школы имени Байрона Р. Уайта в Университете Колорадо. Данная статья была представлена на семинарах в Школе права Университета Колорадо, в Юридическом центре Джорджтаунского университета и юридическом колледже Университета Талсы. Автор выражает благодарность участникам семинаров за их комментарии и критику, а также Джастину Десаутельсу-Стейну, Дереку Хантли Кирнан-Джонсону и Ахмеду Уайту за их предложения.

of the disputes, for instance, in the stylized disagreements over the desired form of judicial doctrines (rules vs. standards); or the best rendition of key political values like equality (formal vs. substantive); or the proper mode of judicial interpretation (textual vs. purposive). Here too, the arguments that comprise the localized variants of the dispute remain inconclusive. The Article concludes by mapping “the logics of collapse” — specifically, some critical moves that undermine the rhetorical and intellectual force of the formalism vs. realism disputes and their localized variants. The aims here are several. First, the ability to deploy the critical moves helps with analysis. The critical moves help show how the arguments are constructed in the first place and how they are rhetorically and intellectually compromised. Second, and relatedly, the critical moves allow us to avoid being taken in by the formalism vs. realism arguments and their localized variants. Third, the aim is to show how our formalist and realist argumentation has already been surpassed by a legal “logic” that undermines the cogency of that argumentation.

*Keywords:* legal formalism, legal realism, P. Schlag.

*For citation:* Schlag, P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse). *Theoretical and Applied Law*. No. 4 (22). Pp. 18–55. (In Russ.) DOI: 10.22394/3034-2813-2024-4-18-55

## I. ВВЕДЕНИЕ<sup>3</sup>

Из всех великих споров, которые когда-либо существовали в американском праве, спор формализма и реализма вполне может считаться одним из наиболее ширококомасштабных и значимых. Отчасти это объясняется тем, что формализм и реализм присущи самой форме, самой идентичности американского права. Сегодня теоретическая версия борьбы между этими двумя великими взглядами кажется бездействующей, но повсюду мы замечаем остаточные стычки. Повсюду мы обнаруживаем «локализованные варианты» эпической борьбы: нормы против стандартов, текстуальное толкование против телеологического, фактические ценности против формальных (и многое другое)<sup>4</sup>. И по мере того как мы переходим из одного «предметного» поля в другое, мы снова и снова сталкиваемся с одними и теми же аргументативными формами: точная семантика может меняться, но грамматика остается прежней. Мы видим один и тот же спор о формализме и реализме в любой предметной области: свобода слова<sup>5</sup>, судебная практика<sup>6</sup>, федерализм<sup>7</sup>, толкование права<sup>8</sup>, толкование закона<sup>9</sup>, положение об изъятии<sup>10</sup> и прочих.

<sup>3</sup> Эта работа – продолжение усилий по развитию юриспруденции форм. См. другие статьи: *Шлаг П.* Эстетика американского права / перев.: Е. Г. Самохина. Российский ежегодник теории права. 2010. No. 3. С. 112–180; *Schlag P.* Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction. *Stanford Law Review*, 1988. Vol. XL. No. 4. Pp. 929–972; *Schlag P.* Rules and Standards. *UCLA Law Review*, 1985. Vol. XXXIII. Pp. 379–430. См. также: *Schlag P.* The De-differentiation Problem. *Continental Philosophy Review*, 2009. Vol. XLI. No. 1. Pp. 35–62.

<sup>4</sup> См. часть IV (изложение локализованных вариантов спора формализма и реализма).

<sup>5</sup> Ср.: *Frantz L. B.* Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson. *California Law Review*, 1963. Vol. LI. No. 4. Pp. 729, 732. (Автор утверждает, что суды не должны использовать балансировку во всех делах, связанных с первой поправкой, а должны попытаться выработать норму или принцип.); *Frantz L. B.* The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, 1962. Vol. LXXI. Pp. 1424, 1425. (Автор доказывает на основании текста и истории Конституции, что суд должен использовать балансировку в делах, связанных с Первой поправкой.); *Mendelson W.* On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance. *California Law Review*, 1962. Vol. L. Pp. 821, 823–825. (Автор на основании текста и истории Конституции утверждает, что суд должен использовать балансировку в делах, связанных с Первой поправкой.); *Mendelson W.* The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz. *Vanderbilt Law Review*, 1964. Vol. XVII. Pp. 479, 481–483 (то же самое).

<sup>6</sup> См. часть II (критика формализма и реализма).

<sup>7</sup> Ср.: *Allison H.* Eid, Federalism and Formalism. *The William and Mary Bill of Rights journal*, 2003. Vol. XI. No. 3. Pp. 1191, 1195 («Доля формализма необходима для адекватной защиты ценностей федерализма»); *Chemerinsky E.* Formalism and Functionalism in Federalism Analysis. *Georgia State University Law Review*, 1997. Vol. XIII. Pp. 959, 960 («Формалистический подход к федерализму ошибочен»).

<sup>8</sup> Ср.: *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. 159 p. («Законы означают то, что в них написано, а не то, что хотели сказать законодатели»); *Дворкин Р.* Империя права М.: Издательство Института Гайдара, 2021. 592 с. (Автор приходит к выводу о том, что право — это отношение, которое должно быть распространено в обычной жизни, если мы хотим, чтобы оно хорошо служило нам даже в суде.)

<sup>9</sup> Ср.: *Eskridge W. N.* Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, 1987. Vol. CXXXV. P. 1479 («Однако законы, как и Конституция и общее право, должны толковаться “динамически”, то есть “в свете их современного общественного, политического и правового контекста») с *Manning J. F.* Textualism as a Nondelegation Doctrine. *Columbia Law Review*. Vol. 97. Pp. 673, 675 («Текстуализм призван сохранить целостность законодательного процесса, лишив представителей Конгресса права разрешать неясные и двусмысленные тексты, созданные самим Конгрессом») и *Manning J. F.* Constitutional Structure and Statutory Formalism. *University of Chicago Law Review*, 1999. Vol. 66. Pp. 685, 708. («Современный академический консенсус против текстуализма опирается на самый шаткий эмпирический фундамент».)

<sup>10</sup> Речь идет о Пятой поправке к Конституции США (taking clause) (*Прим. нрп.*) В качестве спора сторонников формализма против сторонников реализма, ср.: *Epstein R. A.* The Harms and Benefits of Nollan and Dolan. *Northern Illinois Law Review*, 1995. Vol. XV. P. 479; *Fenster M.* Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exaction and the Consequences of Clarity. *California Law Review*, 2004. Vol. XCII. P. 609.

Повсюду дебаты столь же интенсивны и запутанны, сколь слабы и неубедительны. И, кажется, повсюду мы сталкиваемся с людьми, руководствующимися вполне благими намерениями, — такими, как я (а теперь и такими, как вы) — которых притягивает к этим спорам, как мотыльков на свет.

Так зачем же мы это делаем? На каком-то уровне мы знаем, что формализм и реализм находятся в упадке, и всё же, когда кто-то начинает спор о нормах и стандартах, мы встаем на чью-то сторону. Это относится и к интерпретационному варианту спора — текстуальное толкование против телеологического. Это же относится и к определению ценностной формы — формальной или фактической. Нас как будто захватывает какая-то чудесная или адская машина.

Как мы пришли к этому? Я расскажу об этом в части II, где опишу формализм и реализм как два великих формальных детерминанта американской правовой мысли. Я также представлю их соответствующие стандартные критические замечания. Цель этого раздела — наметить позиции, риторику и опасные места таким образом, чтобы мы могли распознать в статье (и в других местах) наличие множества споров о формализме и реализме в их локализованных вариантах.

В части III я покажу, что формализм и реализм невозможны, но укоренены в правовой мысли. Сказать об их невозможности означает сказать, что они неверно заявлены и не могут предоставить обещанные блага. Сказать об их укорененности означает сказать, что эти мыслительные традиции закрепляются в качестве идеи и практики во всей империи права. Следует также отметить, что критические замечания, при всех их концептуальных достоинствах, оказались недостаточными для вытеснения споров между формализмом и реализмом.

Мы живем, таким образом, среди руин формализма и реализма. Споры продолжают, но в более локализованных или ограниченных формах. В части IV я освещаю варианты споров в виде стилизованных разногласий по поводу желаемой формы судебных доктрин (нормы против стандартов), наилучшего изложения ключевых политических ценностей, таких как равенство (формальное против фактического), и надлежащего способа судебного толкования (текстуального против телеологического). Даже аргументы, составляющие локализованные варианты спора, остаются неубедительными. А что касается многочисленных усилий, направленных на разрешение и урегулирование споров, то они не только терпят неудачу, но, по иронии судьбы, преуспевают в усилении плюрализации (следовательно, еще больше усиливают ауру нерешительности).

Что мы должны думать, что делать? В части V я опишу логику коллапса — в частности, некоторые критические ходы, которые подрывают риторическую силу споров о формализме и реализме и их вариантов. Целей здесь несколько. Во-первых, на базовом уровне способность активировать критические ходы помогает в анализе — нет смысла покупать на аргументы в пользу формализма или реализма, если они скомпрометированы. Критические ходы помогают увидеть в первую очередь то, как строятся аргументы и насколько они интеллектуально скомпрометированы. Во-вторых, из вышесказанного вытекает, что критические ходы позволяют нам не поддаваться аргументам спора формализма и реализма, как и аргументам его локализованных вариантов. Идея состоит в том, чтобы вернуть себе немного контроля над ситуацией (ведь мы же законники), поскольку мы имеем дело с уже опровергнутыми аргументами, которые тем не менее продолжают формировать наш образ мышления. Идея в том, чтобы показать, как мы можем выйти за рамки автоматизма этих юридических аргументов. В-третьих, цель в том, чтобы показать, как нашу формалистическую и реалистическую аргументацию уже превзошла юридическая «логика», подрывающая ее убедительность.

## II. ОБЩЕПРИНЯТЫЙ ПОДХОД: ФОРМАЛИЗМ ПРОТИВ РЕАЛИЗМА

В американском праве существует традиционный нарратив о формализме и его крахе. По мере того как он воспроизводится снова и снова, накапливаются возражения против его исторической достоверности<sup>11</sup>. Хотя вопрос достоверности нарратива явно имеет значение (и очень большое), важен и вопрос

<sup>11</sup> См., напр.: *Tamanaha B. Z. The Realism of the "Formalist" Age*. St. John's Legal Studies Research Paper. No. 06-0073. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=985083](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985083) (дата обращения: 01.01.2009) (Автор критикует стандартный нарратив об эпохе формализма.)

его фактичности. Нарратив о формализме оказал значительное влияние на то, как мы стали относиться к нашему собственному праву. В его изложении есть некоторые разночтения, но в целом он выглядит примерно следующим образом.

В конце XIX в. во взглядах американских юридических школ доминировал теоретически не сформулированный, хотя и институционально закрепленный подход к праву. Согласно этой точке зрения, негласно изложенной в трактатах и статьях для юридических журналов, право представляло собой последовательную, беспробельную, автономную и всеобъемлющую систему концептуальных предложений. Этот взгляд на право, описанный Томасом Греем как «всеобъемлющий» формализм, подвергся резкой критике со стороны реалистов в 1920-х и 1930-х гг.<sup>12</sup>

Как только работа по критическому анализу завершилась, всеобъемлющий формализм был, по крайней мере частично, вытеснен рабочим подходом к праву — назовем его «реализмом», который настаивал на инструментальном, практическом, контекстуальном, сконструированном и адаптивном характере права<sup>13</sup>. Этот негласный рабочий подход, задуманный в зачаточной форме некоторыми реалистами, применялся на протяжении большей части XX века. Он сосуществовал бок о бок с остатками всеобъемлющего формализма.

В качестве интеллектуальной истории нарратив о формализме, вероятно, страдает определенными недостатками. Он слишком прост; временная упорядоченность слишком четкая и однонаправленная; мифы о происхождении вырисовываются слишком масштабно, а повествование (как и большая часть юридической мысли в целом) слишком пропитано философским идеализмом. Но даже в таком виде нарратив оказал влияние на многие поколения американских правоведов. Об этом говорилось много раз. Так, он повлиял как на то, что мыслители идентифицируют и признают как формализм и реализм, так и на их характерные добродетели и пороки.

Здесь, за одним существенным исключением, я стараюсь как можно точнее придерживаться общепринятого нарратива<sup>14</sup>. Соответственно, я не предъявляю серьезных претензий к точности того, во что «на самом деле» верили реальные исторические субъекты, которых называют формалистами или реалистами<sup>15</sup>. Я выдвигаю два утверждения. Одно из них заключается в подчеркивании важности общепринятого нарратива о развитии американского права — нарратива, который всё еще широко распространен и по-прежнему имеет основополагающее значение для современного правосознания. Я также утверждаю, что способы мышления, описанные здесь как формализм и реализм, узнаваемы в более или менее искаженных формах в сознании современных юристов и философов права<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Grey T. C. The New Formalism. Stanford Law Sch. Pub. Law & Legal Series, 1999. Working Paper No. 4. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=200732](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=200732) (дата обращения: 01.01.2009); Grey T. C. Langdell's Orthodoxy. University of Pittsburgh Law Review, 1983. Vol. XLV. Pp. 33–39. (Автор рассуждает о развитии формализма во времени.)

<sup>13</sup> Терминология — всегда сложная вещь. Я надеюсь, что мое описание будет узнаваемо читателем как современный и распространенный рабочий подход в американском праве, и что ярлык «реализм» отражает его характер. Реализм в том виде, в каком он здесь описан, имеет некоторое отношение к позитивистским теориям права, выдвигаемым некоторыми правовыми реалистами. Но для данной работы важнее всего, чтобы реализм был признан рабочим подходом к праву, используемым многими современными юристами и правовыми мыслителями при работе с правовой материей.

При этом реализм, который я здесь описываю, очень точно соответствует описанию Робертом Саммерсом «прагматического инструментализма» — полезной теоретизации позитивистского видения права, отстаиваемого многими правовыми реалистами и юристами социологических школ в начале двадцатого века. См.: Summers R. S. Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1982. 295 p.; Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. No. 864. Pp. 861–948.

<sup>14</sup> Исключением является то, что я не представляю формализм и реализм как симметричные альтернативы. См. далее часть II, пункт С (представление реализма как чего-то иного, чем зеркальное отражение формализма).

<sup>15</sup> Что касается формализма, то историческая достоверность этого нарратива вызывает особые сомнения. Как отмечает Дэвид Лайонс, «юридический формализм трудно определить, поскольку, насколько я могу судить, никто никогда не разрабатывал и не отстаивал систематизированный свод доктрин, который отвечал бы этому названию. У нас нет четкого представления о том, какие философские идеи могли бы лежать в основе этой концепции права». Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. Pp. 949, 950. Действительно, здесь мы сталкиваемся не только с проблемой отсутствующего референта (т.е. о ком или о чем идет речь?), но и с очень серьезным вопросом о том, был ли этот мнимый референт настолько важен или распространен, как утверждает история.

<sup>16</sup> Рассмотрим, например, различные стилизации формализма и реализма (или их аналогов) в различных областях империи права:

Изложение заключений: формальный стиль и Гранд-стиль: «Гранд-стиль» и «формальный стиль» — это два стиля изложения судебных решений, которые, по мнению Ллевеллина, характерны, соответственно, довоенному периоду и концу XIX века. В Гранд-стиле прецедент рассматривается в свете репутации судьи, а принцип — как источник смысла, порядка и политики. В формальном стиле, напротив, нормы разрешают дела,

## А. Всеобъемлющий формализм

Всеобъемлющий формализм представляет собой целостное видение права — притязание на то, что есть право и чем должно быть право в широком смысле. Ряд мыслителей, в том числе хорошо известных (Эрнест Вайнриб<sup>17</sup>, Дэвид Лайонс<sup>18</sup>, Томас Грей<sup>19</sup>, Пол Кокс<sup>20</sup>, Дункан Кеннеди<sup>21</sup> и Лоуренс Солум<sup>22</sup>), описали многие аспекты всеобъемлющего формализма. Хотя они не всегда предлагали одно и то же описание или не всегда исследовали одни и те же объекты, тем не менее в их описаниях присутствует значительная степень совпадения. Здесь важно признать, что, как и многое другое в юриспруденции, формализм сам по себе остается не полностью формализованным. Не существует единой согласованной концептуализации формализма, а кроме того, несколько существующих версий видения сами по себе не определены до конца. Действительно, некоторые концептуализации формализма являются (и это не критическое замечание) откровенно импрессионистскими<sup>23</sup>.

Как правило, формализм (и здесь я отталкиваюсь от упомянутых выше теоретиков) рассматривает право с точки зрения ряда взаимосвязанных черт — в частности, концептуализма, согласованности, беспробельности, автономии и полноты. Ниже я кратко опишу эти черты и выделю курсивом те теоретические обязательства, которые они исключают.

*Концептуализм: право содержит понятия (например, «собственность»), которые являются достаточно богатыми и определенными, чтобы допускать «основанную на значении» разработку правовой системы<sup>24</sup>. Другими словами, можно размышлять о понятиях права так, что они будут достаточными для выдвижения определенных выводов (без какой-либо внешней помощи)<sup>25</sup>.*

*Это исключает рассмотрение права в инструментальных, логических или политических смыслах. Концептуализм делает любое изучение социальных/экономических/политических последствий права неуместным для надлежащего принятия юридических решений. Специальный анализ политики,*

---

политика остается за законодателем, а принцип используется для отсеивания ошибочных прецедентов. *Llewellyn K.* The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Aspen: Aspen Law & Business. 1960. Pp. 36–38.

Моральное обоснование: имманентная моральная рациональность против инструментализма. См. в общем: *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Yale Law Journal, 1988. Vol. XCIV. P. 949. (Автор противопоставляет формалистическое видение права как разумного имманентного порядка инструменталистскому видению права как направленного на достижение внешних целей.)

Глобализации: классическая правовая мысль против социальной. См.: *Kennedy D.* Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal. Cambridge University Press, 2006. Pp. 19–73. (Автор противопоставляет «классическую правовую мысль» как способ мышления, озабоченный сохранением сфер автономии государственных и частных субъектов, и «социальную» мысль как способ мышления, озабоченный целенаправленным использованием права в качестве механизма регулирования.)

Теория права: гранд-теория против прагматизма. Ср.: *Farber D., Sherry S.* Desperately Seeking Certainty: the misguided quest for constitutional foundations. Chicago: University of Chicago Press, 2002. 222 p. (Автор высмеивает гранд-теорию); *Bork R.* Neutral Principles and Some First Amendment Problems. Indiana Law Journal, 1971. Vol. XLVII. (Автор радикализирует подход «нейтральных принципов» Векслера к конституционному судопроизводству.)

Внутренняя архитектура права: систематичность и последствия. Ср.: *Waldron J.* Transcendental Nonsense and System in the Law. Columbia Law Review, 2000. Vol. C. No. 16. Pp. 47–52. (Автор утверждает, что «системность» — концептуальная терминология и согласованность права — необходима и должна «вмещать» политические инициативы.); *Cohen F. S.* Field Theory and Judicial Logic. Yale Law Journal. 1950. Vol. LIX. (Автор отстаивает глобально-консеквенциалистскую форму рассуждения.)

Правовые добродетели: верховенство права и инструментализм. См. в общем: *Tamanaha B. Z.* The Realism of the “Formalist” Age. (Автор разграничивает верховенство права с инструменталистскими моделями права и правовой мысли.)

<sup>17</sup> *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Pp. 961–962.

<sup>18</sup> *Lyons D.* Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. Pp. 950–952.

<sup>19</sup> *Grey T. C.* Judicial Review and Legal Pragmatism. Wake Forest Law Review, 2003. Vol. XXVIII. P. 473.

<sup>20</sup> *Cox P.* An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. Indiana Law Review, 2003. Vol. XXXVI. P. 57.

<sup>21</sup> *Kennedy D.* Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought America. Research in Law and Sociology, 1980. Vol. III. Pp. 3–24. Кеннеди теоретизирует не о конструкции, называемой «формализм», а о конструкции, называемой «классическая юридическая мысль». Это не просто вопрос разной терминологии. Конструкция Кеннеди преодолевает любое мнимое разделение на форму и содержание, в то время как те, кто теоретизирует «формализм» (в том числе и я), сосредоточены на том, что они (мы) называют формой. Разница важна, но между этими двумя подходами есть и очевидное совпадение.

<sup>22</sup> *Solum L. B.* The Aretaic Turn in Constitutional Theory. Brooklyn Law Review, 2004–2005. Vol. LXX. No. 475. Pp. 475–532.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Термин «основанный на значении» предложен Дунканом Кеннеди. *Kennedy D.* Legal Formalism. The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences. New York: Elsevier, 2001. Pp. 8634, 8635–8636. Термин Кеннеди полезен тем, что он так хорошо отражает это: попытка извлечь смысл из одних только базовых понятий, в отрыве от истории, психологии, политики и культуры. См. также: *Grey T. C.* Langdell’s Orthodoxy («Можно аналитически вывести сами правила из принципов»).

<sup>25</sup> *Weinrib E. J.* Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. Pp. 961–962.

логарифмы эффективности и утилитарные расчеты — всё это исключается. Действительно, любое рассмотрение последствий применения права в качестве основы для принятия решений рассматривается по меньшей мере как подозрительное, если не полностью незаконное.

*Согласованность/систематичность:* право как система является единым целым<sup>26</sup>. Другими словами, система права (в целом и в идеале) свободна от дискурсивных затруднений, таких как разобщение (дизъюнкция), противоречие, двусмысленность, коллизии, «адхоковость» (*ad hocery*) и т. п.

*Здесь исключаются партикуляристские, плюралистические и катахрестические трактовки права и взгляды на право как на нечто существенно зависящее от контекста.*

*Беспробельность:* право рассматривает и разрешает каждый юридический вопрос, который может возникнуть. В праве нет «дыр» — и, следовательно, ни у одного суда нет повода искать или создавать какой-либо внеправовой источник принятия решений<sup>27</sup>. Беспробельность, наряду с согласованностью, также способствует утверждению идеи того, что на каждый юридический вопрос существует правильный ответ и что право объективно.

*Беспробельность исключает представление о том, что право может быть изобретено или сотворено заново. Поскольку право не имеет пробелов, суду никогда не нужно изобретать или создавать право. Действительно, для суда создание права само по себе было бы неправовым актом.*

*Автономия:* право развивается в соответствии со своей собственной внутренней логикой. Интеллектуальная репутация права существует сама по себе и не нуждается в дополнительной поддержке со стороны других дисциплин, таких как экономика или социология<sup>28</sup>. Конечно, можно иметь экономическое, социологическое или иное понимание права. Однако это не является ни необходимым, ни достаточным для того, чтобы действительно понять право или сказать, что это такое.

*Автономия исключает представление о том, что мы должны или можем прибегнуть к экстра- или междисциплинарным знаниям или моральным/политическим принципам, чтобы понять право или сказать, что оно собой представляет или должно представлять.*

*Полнота/завершенность:* право не только не содержит пробелов (никаких пробелов внутри его отдельных областей), но и занимает только ту область, которая должным образом подпадает под действие права<sup>29</sup>.

*Идея здесь заключается в том, что существуют определенные пределы права, и юридизация не должна выходить за эти пределы. Исключено представление о том, что закон может быть распространен на вопросы, которые еще не подпадают под его действие.*

Формалистические теории права обычно подтверждают все эти утверждения или их комбинацию. Очевидно, что всё большее ослабление или отказ от каждой черты будет приводить к тому, что теория будет казаться всё менее заслуживающей названия «формалистической».

В своей наиболее чистой форме всеобъемлющий формализм выдвигается как описательная и нормативистская теория права. Связь между этими характеристиками обеспечивается настойчивым требованием верности праву (в частности, формалистической версии права)<sup>30</sup>. Всеобъемлющий формализм не терпит компромиссов. Если всеобъемлющий формализм кажется догматичным или витающим

<sup>26</sup> См.: Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use («Последовательность, аналогия, согласованность, гармония и симметрия были их основными тестами на обоснованность»).

<sup>27</sup> См.: Grey T. C. Langdell's Orthodoxy («Для полноты системы было крайне важно, чтобы она была концептуально упорядоченной, а ее фундаментальные принципы и составляющие их понятия были достаточно абстрактными, чтобы охватить весь спектр возможных случаев.»); Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study («Закон содержит достаточную базу для принятия решения по любому возникающему делу. В законе нет пробелов, и по каждому делу можно принять только одно обоснованное правовое решение.» (Внутренние кавычки пропущены.))

<sup>28</sup> Grey T. C. Langdell's Orthodoxy («Классическая ортодоксия представляла собой особый вид правовой теории — набор идей, которые должны быть реализованы изнутри теми, кто управляет правовыми институтами, а не набор идей об этих институтах, отражающих внешнюю точку зрения, будь то социологическое, историческое или экономическое объяснение правовых явлений.»)

<sup>29</sup> Ibid, p. 11. (Грей заявил: «Когда возникает новый случай, к которому не применима ни одна из существующих норм, его можно классифицировать и вывести верную норму для него, используя общие концепции и принципы; затем эту норму можно применить к фактам, чтобы продиктовать уникальное правильное решение по делу.»)

<sup>30</sup> Разумеется, перед формалистами возникают всевозможные трудности, связанные с тем, что делать, когда декларируемое позитивное право само по себе не соответствует формально-юридическому идеалу. Вопрос заключается в том, стоит ли следовать закону, который не соответствует

в облаках, пусть будет так. Идея в том, что право есть право, и мир должен приспособливаться к нему, а не наоборот<sup>31</sup>.

## В. Критика формализма

На протяжении большей части XX века всеобъемлющий формализм решительно отвергался в американской юридической школе — фактически его просто игнорировали. Сегодня трудно найти нечто большее, чем небольшую группу правоведов, приверженных всеобъемлющему формализму. Однако это не означает, что формализм был вытеснен с юридической сцены. Формализм остается и процветает в различных уголках империи права, даже несмотря на то, что его полномасштабное теоретическое выражение было решительно отвергнуто.

Интеллектуальное разрушение всеобъемлющего формализма обычно приписывается реалистам 1920-х и 1930-х гг. Аналитические направления их атак, как правило, носили инфраструктурный характер. Иными словами, сторонники правового реализма, как правило, пытались ударить по правовому формализму в определенных слабых местах, а не теоретизировать его с какой-либо всеобъемлющей точки зрения<sup>32</sup>. Насмешка и сарказм были преобладающими риторическими инструментами таких атак — скепсис и возмущение задавали основной тон. Всеобъемлющий формализм потерпел крах, став жертвой не столько философских смертельных ударов, сколько, скорее, тысячи юридических недоразумений<sup>33</sup>.

### 1. Произвол

Одним из наиболее серьезных критических замечаний реалистов было замечание о смене сферы применения. В то время как формалисты могли довольствоваться тем, что «правильно излагали законы» в книгах и позволяли миру приспособливаться к ним, реалисты утверждали, что право должно принимать во внимание императивы социальной и экономической жизни и отвечать на них<sup>34</sup>. Проверка обоснованности закона больше не ограничивалась соблюдением формалистических добродетелей. Вместо этого закон должен был отвечать за то, насколько хорошо или плохо он регулирует социальную и экономическую жизнь. Для всеобъемлющего формализма такой переход в области применения не был радужной перспективой. Праву не только пришлось бы отказаться от своей хваленой автономии, но, что, возможно, еще хуже, оно должно было бы следовать конфигурациям и требованиям социальной и экономической жизни, которые вряд ли будут регулироваться инвариативной, всеохватывающей и последовательной логикой. Как следствие, формализм привел бы к бессмыслице и произволу.

### 2. Неэффективность

Для сторонников всеобъемлющего формализма истоки права кроются в его концептуальном упорядочивании. Это означает, среди прочего, что, когда суды отходят от концептуального порядка, они в широком смысле вообще не занимаются юриспруденцией. Реалисты перевернули эту точку зрения с ног на голову. Джером Фрэнк, например, высмеивал то, что он называл «формальным правом» и «правом в дискурсе», утверждая, что на самом деле правом является то, что делают суды<sup>35</sup>. Ссылаясь на теорию «плохого человека» Холмса и связанную с ним теорию предсказания права (*prediction theory of law*), Фрэнк отметил, что «плохому человеку» наплевать на научные разработки формалистической

процедуре установления, во имя верности формалистическому процессу или, напротив, отвергать его из-за несоответствия формалистической форме?

<sup>31</sup> Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. (Автор описывает формализм как отказ от реагирования на «социальные потребности».)

<sup>32</sup> Главный опус Арнольда Турмана — пожалуй, самое очевидное исключение. См.: Thurman W. A. The Symbols of Government. New Haven: Yale University Press, 1935. 278 p.

<sup>33</sup> По словам Мортона Хорвица, правовой реализм был «скорее интеллектуальным настроением, чем четким сводом догматов»: Horwitz M. The Transformation of American Law, 1870–1960: the Crisis of Legal Orthodoxy. New York: Oxford University Press, 1992. 361 p.

<sup>34</sup> Cohen F. S. Field Theory and Judicial Logic. P. 251. («Мы можем отказаться от старой идеи о том, что конкретные нормы прецедентов заполняют абсолютное правовое пространство».)

<sup>35</sup> См.: Frank J. What Courts Do in Fact. Illinois Law Review, 1932. Vol. XXVI. P. 645. (Объяснение того, что действия судов зависят не столько от «фактов», сколько от того, какими считают эти факты различные субъекты, такие как судьи, присяжные и свидетели.)

юридической науки<sup>36</sup>. Он заботится только о последствиях, которые наступят его по решению суда. Опять же, это было не столько опровержением формализма, сколько пересмотром его постулатов — в данном случае пересмотром источника права с понятий на судебную практику<sup>37</sup>. И не судов в целом, а названных, конкретных, социально ориентированных судов. При таком пересмотре источников права всеобъемлющий формализм был бы неспособен реализовать (воплотить в жизнь) свои мнимые достоинства.

### 3. Догматизм

В то время как формалисты рассматривали право как набор «норм, доктрин и принципов» — короче говоря, набор положений, реалисты стремились вновь придать праву социальный характер. Это означало не просто, что те, кто формирует право, должны учитывать его социальные последствия, но и нечто гораздо более радикальное. Для многих реалистов само право (идентичность права) имело социальное измерение, решающее значение для его надлежащей разработки. Ллевеллин, например, отверг представление о праве как о системе положений и вместо этого стремился рассматривать право как «действие» (*a doing*) — деятельность<sup>38</sup>. Феликс Коэн, описавший юридический формализм как своего рода «трансцендентальную бессмыслицу»<sup>39</sup>, рассматривал судебные решения как социальные события, которые должны быть поняты в терминах социальных предпосылок и последствий<sup>40</sup>. И в рамках инструментализма, общего для многих мыслителей той эпохи — Коэна, Паунда, Холмса и др., право рассматривалось и использовалось как инструмент<sup>41</sup>.

Как только человек признает, что право — это действие, событие, инструмент и средство социального действия, формализм становится гораздо более сложным, если не невозможным, проектом. Причина проста: будучи формалистом, можно правдоподобно утверждать о наличии некоторого рода концептуального порядка в праве только в случае, если воспринимать его как систему пропозиций, организованных в соответствии с логикой. В этом случае можно полагаться на предположение, что концептуальное значение нормы или доктрины определяет ее идентичность (и надлежащую сферу применения). Но если идентичность нормы или доктрины заключается в социальном использовании, то утверждение о том, что концептуальное значение определяет их идентичность, становится своего рода догматизмом — и более того, неправдоподобным догматизмом. Неправдоподобным, потому что нет абсолютно никаких оснований верить в совпадение между концептуальным значением и социальным использованием — особенно в обстановке политической и финансовой напряженности, например, судебных разбирательств.

### 4. Непоследовательность

Другой формой, которую приняла критика формализма, было обрушение концептуальных противоположностей в результате перестановки кадров. Здесь ключевыми фигурами являются Роберт Хейл и его предшественник Уэсли Хофельд<sup>42</sup>. Хейл утверждал, что предоставление права собственности частной стороне фактически лишает другие стороны возможности использовать охраняемый ресурс<sup>43</sup>. Соответственно, каждое предоставление частного права является также ущемлением прав других лиц. Одно из следствий этой идеи заключалось в том, что предоставление законного права не обязательно

<sup>36</sup> Ibid. P. 645.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> *Llewellyn K. N. On What Is Wrong with So-Called Legal Education. Columbia Law Review, 1935. Vol. XXXV. No. 5. Pp. 651, 668.* (Автор описывает право как «действие» (*a doing*).

<sup>39</sup> *Cohen F. S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review. 1935. Vol. XXXV. No. 6. P. 809.*

<sup>40</sup> Ibid. P. 834.

<sup>41</sup> *Riles A. A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities. Buffalo Law Review, 2005. Vol. LIII. No. 3. Pp. 973, 980.* (Отмечается, что «главная идея реализма заключалась в том, что право лучше всего представлять себе метафорически, как инструмент».)

<sup>42</sup> *Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. Political Science Quarterly, 1923. Vol. XXXVIII. Pp. 470–494; Hohfeld W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Yale Law Journal, 1913. Vol. XXIII. Pp. 19–59.* (Хофельда обычно называют не реалистом, а скорее важным предшественником реализма.)

<sup>43</sup> *Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. P. 471.*

повышало уровень свободы — оно просто повышало уровень чьей-то свободы путем принудительного ущемления свободы кого-то другого<sup>44</sup>. Вывод Хейла состоял в том, что решение о том, как распределять юридические права, не может быть выведено из разработки широкомасштабных юридических понятий, таких как «свобода» или «права» или их аналогов<sup>45</sup>.

Конкретные аргументы Хейла были значительно более изощренными и подрывными, чем следует из этого краткого пересказа<sup>46</sup>. Но что здесь важно, так это обобщающая форма его критики. Если социальная или экономическая жизнь действительно настолько неустанно конфликтна, а право является одновременно интроекцией и прародителем этого конфликта, то юридические выводы о том, как определять права, вытекающие из разработки широкомасштабных правовых понятий или правовых различий, вызывают подозрения. Они особенно подозрительны — более того, непоследовательны — если рассматривать только одну сторону уравнения и только одну сторону спора.

Этим эпистемологическим недостаткам был придан нормативный оттенок. Формализм не только привел к «трансцендентальной бессмыслице», по запоминающемуся выражению Феликса Коэна, но и свел на нет те виды этических и политических исследований, которые, по мнению реалистов, должны проводить судьи<sup>47</sup>. Суды выносили решения, обходя то, что многие реалисты считали существенным, а именно социальные и экономические последствия.

Большинство критических замечаний в адрес формализма основаны на этих характеристиках. По мнению его критиков, формализм, по-видимому, оторван как от нормативных, так и от политических ценностей, а также от очевидных реалий в социальной и экономической сфере. Соответственно, формализм обычно описывается как механический, деревянный, жесткий, авторитарный и, как правило, оторванный от реальности.

### С. Реализм

Прежде чем приступить к исследованию реализма, необходимо сделать одну оговорку. В дискуссиях о формализме и реализме (или их аналогах) авторы часто представляют их симметрично, как соперников, играющих на одном поле. Нарратив немного иной: всеобъемлющий формализм и реализм, представленные здесь, делают разные ставки и стремятся к разным целям. Если использовать смехотворную метафору, то было бы уместно сказать, что формалисты и реалисты хотят играть в разные игры на разных полях.

Мы не должны просто предполагать, что формализм и реализм являются зеркально противоположными отражениями друг друга. Это не так. Различия бросаются в глаза. Формализм и реализм придерживаются разных взглядов на мир, в котором они действуют, и на свои собственные возможности в области права. Поэтому они играют разные роли.

Следовательно:

#### **Всеобъемлющий формализм**

Исключительный  
Идеальный  
Всеобъемлющий  
Первосортный  
Модель права

#### **Реализм**

Компромиссный  
Приземленный  
Частичный  
Второсортный  
Подход к праву

В американском праве реализм возник в зачаточной форме в некоторых работах юристов-реалистов 1920-х и 1930-х годов<sup>48</sup>. Он оставался, наряду с остатками формализма, устойчивым молчаливым

<sup>44</sup> Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. P. 489. («Часто бывает так, что для сохранения одной ценности... необходимо сократить другую...»)

<sup>45</sup> Ibid. Автор заявляет, что было бы «невозможно» защитить все «права... от умаления ценности».

<sup>46</sup> Более подробно см.: Kennedy D. *Sexy Dressing, etc.* Harvard: Harvard University Press, 1993. 258 p. (Сравнение Хейла с Фуко.)

<sup>47</sup> См.: Cohen F. S. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach.* (Введение понятия трансцендентальной бессмыслицы.)

<sup>48</sup> Summers R. S. *Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use.* P. 864.

пониманием права на протяжении всего XX века. Можно увидеть элементы реализма в школе юридического процесса (например, аргументированная разработка), праве и экономике (например, инструментализм), критическом мышлении (например, контекстуализм) и, конечно, в неопрагматизме 1990-х годов (например, практицизм).

Как и в случае со всеобъемлющим формализмом, реализм состоит из ряда черт, которые кажутся взаимосвязанными и образуют единое целое. Однако, в отличие от формализма, реализм не может быть всеобъемлющим. Напротив, реализм обязательно паразитирует на существующей архитектуре (которая в американском контексте оказывается формалистической). Как правило, реализм основывается на следующих чертах: инструментализм, практичность, контекстуализм, конструктивизм и адаптивность. Ниже я кратко опишу эти черты и выделю курсивом те теоретические обязательства, которые они исключают.

*Инструментализм:* в отличие от концептуалистских производных формализма, для реализма характерна логика средств/целей того, что по-разному называется инструментализмом, консеквенциализмом, функционализмом, телеологическим обоснованием, политическим анализом или политикой. Право — это средство достижения цели. Цели — это задачи, которые должны быть реализованы (претворены в жизнь) в социальной, экономической или политической сфере<sup>49</sup>. Короче говоря, право выполняет определенную миссию. На самом деле, даже множество миссий: это экономическая эффективность, максимизация полезности, прогрессивные правовые изменения, специальные политические цели и многое другое. Закон является оправданным или неоправданным в силу успеха в достижении такой цели (не приводящей к слишком большим непреднамеренным последствиям где-либо еще).

*Здесь исключается возможность рассмотрения права как самоцели — как выражения общественных устремлений и ценностей, посредством которых общество конституирует и познает себя. Также исключается представление о том, что право должно следовать своим собственным принципам правильной работы (за исключением случаев, когда они оправданы инструментально).*

*Практичность:* право должно быть приспособлено к своей конкретной области, объектам регулирования и обслуживающему персоналу. Важно, чтобы законы были приспособлены к социальным, экономическим и политическим областям, в которых они применяются. В своих более поздних и изощренных версиях практичность включает в себя набор понятий, которые помогают описать взаимодействие права и области его применения — такие понятия, как петли обратной связи, опрокидывание, неделимость, порочные эффекты и тому подобное. В своих менее изощренных версиях практичность означает здравый смысл и обоснованные ситуационные суждения.

*Здесь исключается возможность элегантного и систематического описания согласованности права, за исключением самого высокого уровня абстракции (например, эффективности или утилитарного анализа).*

*Контекстуализм:* целесообразность любого права (или правовой системы вообще) зависит от различных контекстов<sup>50</sup>. Соответственно, следует ли регулировать какой-либо класс людей и каким образом, если следует, зависит от соответствующих контекстов. В свою очередь, значение закона зависит от контекста, в котором он издается, анализируется и применяется. В своих изощренных версиях контекстуализм предполагает постхофельдовскую, постхейловскую, посткоузовскую точку зрения, согласно которой для каждого конкретного права, созданного в рамках одного вида деятельности или одной стороны, существует соответствующее обременение, налагаемое на какой-либо другой вид деятельности или на другую сторону отношений<sup>51</sup>.

*Здесь исключаются грубые представления о том, что законы обладают дискретной и стабильной идентичностью независимо от различных контекстов. Аналогичным образом исключается точка*

<sup>49</sup> Это видение права было точно теоретизировано Робертом Саммерсом. Ibid — исследование прагматического инструментализма.

<sup>50</sup> Ibid. P. 864. Описание реализма как акцента на «времени, месте, обстоятельствах и конкретных желаниях и интересах, а не на идеологии, абстрактной теории, принципе и априорном нормативном взгляде на природу вещей» (внутренние кавычки опущены).

<sup>51</sup> Все трое настаивают на конфликтном характере создания прав. См.: Coase R. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, 1960. Vol. III. Pp. 1–44; Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State; Hohfeld W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.

зрения о том, что право в некотором нетривиальном смысле объективно. Аналогичным образом исключается тезис о правильном ответе<sup>52</sup>.

**Конструктивизм:** право — это социальная и интеллектуальная конструкция. Право во многих важных отношениях является порождением эволюционирующих социальных норм и общепринятой практики. Право во многих важных отношениях является производным или конститутивным от внешних по отношению к нему сил. Например, рыночных сил, языковых паттернов, когнитивных привычек, культурных норм, политической борьбы... А право, в свою очередь, конституирует их (отношения могут быть описаны более или менее сложными способами<sup>53</sup>). Авторитет права — его нормативная привлекательность и интеллектуальная обоснованность — будет зависеть от привлечения специалистов из других областей, помимо права: экономики, моральной философии, социологии и т. д. В учебных заведениях зависимость права всё больше осознается через профессионализацию персонала (требуется доктора наук) и междисциплинарное обучение.

*Здесь исключается понятие дискретной логики (формы рассуждения или толкования), специфичной для права. Исключается также представление о том, что право обладает описательной или нормативной самостоятельностью. Право — это просто одна из форм координации или управления среди других, которая находится в конкуренции с ними.*

**Адаптивность:** реализм представляет право как податливое по существу. Реализм предлагает некое понимание случайности человеческих и юридических механизмов, ощущение того, что «всё могло бы быть иначе». В принципе, для реалистов каждый аспект жизни подлежит юридическому оформлению. Отчасти это объясняется тем, что право не подчиняется строгим формальным определениям — оно податливо<sup>54</sup>. И отчасти это происходит из-за инструменталистской ориентации, которая, в отсутствие ограничивающей структуры, не знает пределов<sup>55</sup>.

*Здесь исключается представление о том, что у права есть вневременная или трансконтекстуальная сущность.*

При объединении всех этих черт — инструментализма, практичности, контекстуализма, конструктивизма и адаптивности — становятся очевидными несколько вещей.

Во-первых, как и в случае со всеобъемлющим формализмом, существует определенный смысл, в котором различные черты реализма сочетаются друг с другом. Можно видеть, что приверженность некоторым из этих черт может легко привести с эстетической точки зрения к приверженности другим чертам.

Во-вторых, если рассматривать все эти черты вместе, то они, по-видимому, описывают узнаваемый и широко распространенный взгляд на право. Другими словами, реализм, описанный здесь, — это не просто модель размышлений о праве, но модель, которую мы видим в действии в различных юридических и юридуко-академических кругах. Это очень сильно отличается от всеобъемлющего формализма, представляющего собой чистую форму, редко встречающуюся в чьих-либо работах. Для этого есть несколько причин, но здесь следует особо отметить одну. Всеобъемлющий формалист — это «правовой утопист» — тот, кто верит, что идеалу права (именно формалистическому идеалу) необходимо следовать во что бы то ни стало. Он абсолютист. Реалист, напротив, — это тот, кто понимает, что право всегда находится в процессе переговоров с миром. Таким образом, юриспруденция почти всегда является второсортным (*second-best*) предприятием, действующим во второсортном (*second-best*) мире. Реалистическое видение уже включает в себя понятия компромиссов. В результате реализм гораздо более распространен, чем всеобъемлющий формализм, в контексте живого действия права (например,

<sup>52</sup> Согласно тезису о правильном ответе (right-answer thesis), предложенному Р. Дворкиным в научной полемике с Г. Л. А. Хартом, судьи могут дать единственно верный ответ на правовые вопросы, даже если они сталкиваются с трудными делами. (Прим. пер.)

<sup>53</sup> Для более подробного описания см.: *Schlag P. The Dedifferentiation Problem.*

<sup>54</sup> См.: *Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use.* P. 922. (Автор характеризует некоторых правовых реалистов как сторонников взгляда на право как на весьма податливое.)

<sup>55</sup> Не стоит недооценивать, насколько привлекательность реализма среди ученых-юристов может быть объяснена корыстными или групповыми интересами. Несомненно, реализм позволяет расширить научную повестку, особенно по сравнению со строгой научной рентабельностью формализма. См.: *Шлаг П. Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит // Правоведение, 2017. № 1 (330). (Обсуждение состояния современной юридической науки.)*

в юридической практике). Существует странный смысл, в котором реализму не нужно соотносить свое видение права с живым действием права: реализм уже является этим компромиссом. Напротив, в той мере, в какой мы наблюдаем всеобъемлющий формализм в действии, он проявляется только в промежуточных ритуализованных моментах — как правило, далеких от контекста живого действия права.

В-третьих, и это очень важно, реализм не является полным самостоятельным объяснением права. Вместо этого, как упоминалось ранее, он представляет собой *протестантскую традицию* (курсив мой. — Прим. пер.). Он паразитирует на предшествующей правовой архитектуре. Таким образом, реализм уже риторически обязан формализму. Полный триумф над формализмом был бы разрушителен и для реализма.

## D. Критика реализма

В отличие от формализма, реализму не характерна высокая степень структурированности. Напротив, он претендует на отрицание жестко структурированного и концептуализированного мира формализма. Неудивительно, что наиболее популярные позиции критики реализма, как правило, демонстрируют те же черты, что и их мишень — своего рода структурную недоопределенность. Критика реализма по этой причине не становится менее страстной или убедительной.

### 1. Структурная пустота

Рассматриваемый критически, реализм характеризуется определенной юридической вседозволенностью и своего рода структурной пустотой. Если компромисс между законом и миром, концепцией и практикой сам по себе является частью «структуры» реализма, то в его основе лежит большая доля отдачи и игры. Реализм не делает никаких предложений, которые не готов обсуждать.

### 2. Неверность праву

Критикам реализм может легко показаться поразительной противоположностью (по крайней мере, в его консеквенциалистских и контекстуалистских аспектах) верховенству права<sup>56</sup>. Действительно, можно обратиться к данным Лоном Фуллером описаниям таких требований к верховенству права, как гласность, публичность, запрет на законы *ex post facto*, — и возразить, что реалистическое видение права, возможно, нарушает почти все из них<sup>57</sup>.

В реализме правит не право. Напротив, конструктивизм подразумевает, что право не (всегда) является авторитетным источником для выносимых юридических решений. Вместо этого оно является (по крайней мере, иногда) производным от социальных сил, политической конкуренции, рыночного поведения, множества инструментов или в целом экономики. Существует, по крайней мере, большое взаимодействие между правовым и социальным, включающее в себя петли обратной связи (*feedback loops*), взаимную причинно-следственную связь и так далее. Грубо говоря, закон здесь не самый главный.

### 3. Бесконечная отсрочка

В силу торжества контекстуализма и практики, недоверия к нерелексивному формализму, а также своей структурной пустоты реализм фактически откладывает и переносит выбор на какое-то будущее решение или лицо, принимающее решение. Реализму практически нечего сказать *a priori*, кроме того, что нужно опасаться *a prioris*. В итоге, и в этом есть своя ирония, эта форма мышления, стремящаяся быть практичной, вечно избегает принятия трудных решений<sup>58</sup>. Большая часть того, чему реализм учит нас

<sup>56</sup> Tamanaha B. Z. Law as a Means to an End. Cambridge University Press, 2006. Pp. 227–245. (Автор исследует консеквенциализм как губительный для верховенства права.)

<sup>57</sup> См.: Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с. (Рассуждение о том, как мораль противодействует типичным неудачам, связанным с созданием законов. Конечно, есть и другие варианты. Один из них заключается в том, что добродетели верховенства права — предсказуемость, гласность и т. д. — удовлетворяются, поскольку граждане уже знают, что правовой режим является инструменталистским и адаптивным. Такой ответ, без дополнительных пояснений, выглядит несколько шаблонным. Другим вариантом может быть идея о том, что реализм фактически отдает предпочтение социальным и экономическим нормам, которые хорошо известны гражданам (иногда лучше, чем само право).

<sup>58</sup> Без пьянящей порции экзистенциалистской ангажированности трудно понять, как реалист вообще может принять решение.

в отношении принятия решений, — это советы ждать, откладывать, избегать, не допускать момента принятия решения. Кажется, что всегда есть более конкретное, более контекстуальное и менее формальное будущее, в котором можно принять решение. А когда решение принято, реализм подсказывает, что его можно пересмотреть, проверить и переписать.

#### 4. Дефицит авторитета

Реализм не только исключает возможность верховенства права, как было предложено выше, но и не ставит (и не может ставить) себя на место права. Он не является завершенной теорией права. Он не является ни полным, ни оформленным теоретически. Некоторые мыслители превозносят реализм именно потому, что он отказывается от полноты и статуса теории. Действительно, можно утверждать, что это и есть ключевые достоинства реализма. В то же время эти добродетели в контексте права можно рассматривать и как пороки. Реализм всегда занят тем, что полагается на другие источники авторитета: политику, социальные нормы, экономические силы и так далее<sup>59</sup>.

### Е. Соотношение формализма и реализма

Как уже отмечалось, всеобъемлющий формализм и реализм имеют разную основу и не претендуют на одну и ту же роль. Всеобъемлющий формализм может выступать как самостоятельная теория (хотя для получения результатов может потребоваться «обман»). Реализм, напротив, зависит от существующей правовой архитектуры (которую реалисты могут поддерживать только в том случае, если они мыслят и действуют совсем не как реалисты).

Всеобъемлющий формализм требует «обмана» в том смысле, что все формальные нормы не могут быть выведены из закона, а должны основываться на неюридическом понимании социальной и экономической практики. Когда всеобъемлющий формализм не в состоянии включить такое социальное понимание, его использование приводит к результатам, которые явно глупы (что неоднократно пытались показать многие реалисты).

Реализм между тем зависит от некоторой ранее существовавшей архитектуры правовых понятий. Это, конечно, может оправдать создание таких понятий и, возможно, даже породить их. Но ему нужно будет получить эту архитектуру, позаимствовав ее откуда-то еще: инструментализм не дает нам ни конечных, ни отправных точек<sup>60</sup>. Практичность ничего не говорит о том, с чем следует быть практичным. Контекстуализм не позволяет выбрать подходящий текст. Конструктивизм лишен императивов и нормативных ценностей. А что касается адаптации... К чему адаптироваться? Более того, реализм не может (при отсутствии привнесения некоторых очень нереалистичных способов мышления) обрабатывать юридические понятия автоматическим, нерелексивным, неинструменталистским способом, необходимым для поддержания архитектуры.

Как всеобъемлющий формализм, так и реализм будут обвинять друг друга в том, что юриспруденция является такой, какой она на самом деле пытается быть. Для реалиста всеобъемлющая модель любого рода (формалистическая или нет) неуместна. Это уже (формалистическое или нет) неправильное понимание того, как устроен мир и каковы возможности права. Между тем для формалиста то, что называет себя просто «подходом» и признает свой компромиссный характер, неправильно понимает природу самого права и, следовательно, роль права в мире.

Различные представления о собственной идентичности всеобъемлющего формализма и реализма помогают объяснить их особые слабости и уязвимые места. Практически никто сегодня не верит в возможность создания целостной глобальной модели права. Это делает всеобъемлющий формализм

<sup>59</sup> Действительно, Томас Грей справедливо в несколько ином контексте полагает, что прагматизм представляет собой уважаемую интеллектуальную позицию, которая избавляет от необходимости «иметь теорию». По его словам, «прагматизм — это свобода от теоретической вины». *Grey T. C. Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. Southern California Law Review, 1990. Vol. LXIII. Pp. 1576–1577.*

<sup>60</sup> Как старательно демонстрирует Саммерс, нельзя проводить анализ средств-целей в вакууме: необходимо иметь архитектуру, определяющую идентичность и институциональные параметры, в рамках которых субъекты права могут проводить расчеты средств-целей. См.: *Summers R. S. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought.*

просто невозможным, за исключением какой-либо его сильно смягченной или избирательной формы. Между тем тот факт, что реализм является всего лишь подходом, при этом частичным, означает, что он не властен над своей судьбой. Реализм никогда не может быть чистым и всегда подвержен колонизации каким-нибудь формализмом, от которого он, по иронии судьбы, зависит.

### III. РУИНЫ-ПАРАДИГМЫ НЕВОЗМОЖНЫ, А КРИТИКА ПРЕРВАНА

Современное правосознание сталкивается с интересным затруднением. На каком-то уровне мы все осознаем интеллектуальную несостоятельность всеобъемлющего формализма и неадекватность реализма<sup>61</sup>. Приведенных выше критических замечаний, как и многих других, в этом отношении достаточно. В то же время остатки формализма и реализма укоренились. Характерные для него формы мышления, привычки, соображения и методы можно найти по всей империи права.

И формализм, и реализм невозможны. Действительно, независимо от того, теория перед нами (формализм) или подход (реализм), они не являются адекватными для описания того, как юристы, судьи или правоведы рассуждают, разрабатывают законы или интерпретируют их. Они не подходят для описания идентичности и характера наших обязательств, вытекающих из контракта или прецедента. Более того, хотя можно было бы надеяться, что добродетели одного могут компенсировать пороки другого, эта перспектива остается недоказанной.

Сегодня, конечно, можно заявить о формалистическом или реалистическом подходе к существующему праву, но для этого придется занять одну из следующих непривлекательных позиций:

(1) Кардинальное и неправдоподобное сокращение сферы применения того, что общепризнано как позитивное право. Другими словами, сфера права переопределяется весьма избирательными способами (интеллектуальный джерримендеринг<sup>62</sup>) таким образом, что его формалистическое или реалистическое представление об этом праве фактически становится истинным<sup>63</sup>.

(2) Кардинальное и своеобразное переосмысление того, что значит быть формалистом или реалистом. Обычно оно достигается путем привнесения в одно (например, формализм) больших доз другого (например, реализма)<sup>64</sup>.

(3) Предполагать, что факта чьего-либо самоопределения как всеобъемлющего формалиста или реалиста вполне достаточно, чтобы сделать его таковым. Как правило, человек придерживается любого из этих подходов и ожидает от других, что его реальные интеллектуальные практики будут *ipse dixit* соответствовать его самопровозглашению.

#### A. Формализм (невозможный и укоренившийся)

Всеобъемлющий формализм в настоящее время неправдоподобен как широко распространенная теория права. И неправдоподобен он не столько потому, что поддался какому-то убийственному аргументу, сколько из-за чего-то гораздо более серьезного: всеобъемлющий формализм и его описания идентичности и роли права просто больше не вызывают доверия<sup>65</sup>. Дело не в том, что все мы теперь «реалисты» (безусловно, это не так), но все мы достаточно реалистичны, чтобы понимать, что наше право и культура сильно приправлены практиками и институтами, противоположными всеобъемлющему фор-

<sup>61</sup> Я раскрываю этот вопрос в тексте, сопровождающий примечания 31–46, 53–58, где приводится критика как всеобъемлющего формализма, так и реализма.

<sup>62</sup> В контексте социальных наук термин “gerrymandering” (буквальный перевод — махинации) используется для обозначения произвольной демаркации избирательных округов с целью искусственного изменения соотношения политических сил в них и, как следствие, в целом на территории проведения выборов. (Прим. пер.)

<sup>63</sup> Или отчасти истинно.

<sup>64</sup> Ларри Солум, например, сдерживает свой формализм большой долей реализма. *Solum L. B. The Aretaic Turn in Constitutional Theory*. Brooklyn Law Review. Pp. 520–522.

<sup>65</sup> С этим могут согласиться даже те, кто симпатизирует формализму. Пол Кокс, например, говорит: «Я не могу защищать формализм в его первозданном, классическом понимании... Он просто не является точным изображением права в его нынешнем виде, даже если, что сомнительно, он когда-то был таким изображением. Я был бы виновен в недобросовестной работе, если бы описывал наше право в классически формалистических терминах и если бы преподавал его в этих терминах...» (Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. P. 61).

мализму: инструментализмом, социальной инженерией, бюрократическим управлением и так далее. Таким образом, объявить себя сегодня всеобъемлющим формалистом — это всё равно что объявить себя монархистом. Это просто неубедительная система верований в современных правовых и социальных условиях.

К числу социальных и интеллектуальных условий, делающих всеобъемлющий формализм устаревшим, относятся:

- Негерметичность и проницаемость права и политики.
- Значительное присутствие инструменталистских взглядов как в правовой, так и в социальной сфере.
- Бюрократизация законодательства как в государственном, так и в частном секторах.
- Появление в позитивном праве анализа затрат и выгод, балансировки и проверки совокупности обстоятельств.
- Широкое использование экспертов, не являющихся юристами (социальных работников, психологов, экономистов и т. д.), для формулирования законов и их применения.
- Внедрение в область права экономических, социологических и эмпирических знаний через экспертов и администрацию.
- Почти экстаическое распространение противоречивых, но, возможно, авторитетных юридических текстов. (Можно продолжать.)

Учитывая такое развитие событий, если бы кто-то захотел описать право в терминах всеобъемлющей формалистической теории, лучшей стратегией (есть и другие)<sup>66</sup>, вероятно, было бы игнорировать или отвергать многое из того, что мы считаем нашим собственным позитивным правом (а также из того, что мы считаем нашими социальными обстоятельствами). Формализм, рассматриваемый таким образом, не был бы явно неправильным или, по крайней мере, более «явно неправильным», чем любая другая правовая теория по существу. Однако его правдоподобие зависело бы от принятия очень узкого взгляда на то, что считается правом, — взгляда, как правило, неправдоподобного. Таким образом, в качестве работающей теории права всеобъемлющий формализм невозможен. Слишком многое из того, что мы считаем «правом» и, вероятно, хотели бы сохранить как неотъемлемую часть того, что мы называем правом, пришлось бы отбросить или объявить ошибочным, поддельным или обладающим иной патологией<sup>67</sup>. Если судья будет всеобъемлющим формалистом, это сделает его старомодным. Для юриста быть всеобъемлющим формалистом само по себе является халатностью<sup>68</sup>. А для правоведа быть всеобъемлющим формалистом означает быть Эрнестом Вайнрибом<sup>69</sup>.

## V. Продолжение формализма *sub rosa*<sup>70</sup>

И всё же не следует переоценивать поражение всеобъемлющего формализма. Его дорожные карты и пути, его проблемы и тревоги продолжают контролировать современное правовое воображение<sup>71</sup>. Заимствуя удачную фразу Мейтленда, всеобъемлющий формализм «правит из могилы» — и при этом разными способами<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> См.: *Tamanaha B. Z. Law as a Means to an End*. Cambridge University Press, 2006. Pp. 227–245. (Предложение стратегии построения всеобъемлющей формалистической теории.)

<sup>67</sup> Я не являюсь здесь семантическим империалистом. Формалисты (и другие) могут определять или описывать «право» как им угодно. Я просто делаю условное наблюдение, что «право», как и другие базовые термины, играет определенные роли в наших культурных и интеллектуальных грамматиках. Эти грамматиках, как правило, делают идиосинкразические определения нерелевантными, утопичными или и теми, и другими.

<sup>68</sup> *Cox P. An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism*. P. 61.

<sup>69</sup> И эта позиция уже отчасти занята: *Lyons D. Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study*. Cornell Law Review, 1981. Vol. LXVI. Pp. 949, 950.

<sup>70</sup> Втайне (Прим. пер.)

<sup>71</sup> См.: *Grey T. C. Holmes and Legal Pragmatism*. Stanford Law Review, 1989. Vol. XLI. Pp. 787, 815. (Обсуждение достоинств холмсианского лозунга об опыте и логике для «практиков и ученых, работающих в контексте, в котором лангделлианский формализм сохраняет первобытную и часто непризнанную власть».)

<sup>72</sup> *Maitland F. The Forms of Action at Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1936. P. 74. («Формы действия мы похоронили, но они всё еще правят нами из своих могил.»)

Во-первых, архитектура формализма — сетчатый набор различий (деликт/договоры), иерархия на уровнях права (конституция/статуты/общее право), эстетические идеалы (беспробельность, точность и т. д.) — всё это и многое другое остается<sup>73</sup>. Возможно, эта архитектура лежит в руинах, но она не исчезает. Как многие отмечали, даже сегодня учебная программа первого курса юридического факультета остается во многом такой же, какой она была в конце XIX века.

Во-вторых, можно обнаружить отдельные локализованные проявления всеобъемлющего формализма во всем правовом ландшафте. Отдельные наборы доктрин, различные способы толкования<sup>74</sup> и правовая аргументация несут на себе отпечаток всеобъемлющего формализма. Томас Грей услужливо описывает «неоформализм» именно таким образом — как остаточные формы и связанные с ними аргументы, которые продолжают использоваться, даже если они используются *ad hoc* или промежуточно<sup>75</sup>.

В-третьих, смысл, значимость и действенность этих неоформалистических аргументов в какой-то мере обусловлены остаточной привлекательностью всеобъемлющего формализма. Подобно изначальному «правовому бессознательному», всеобъемлющий формализм придает глубину и резонанс междисциплинарным неоформалистическим аргументам и концепциям. Если неоформалистические императивы, такие как «прислушайтесь к простому смыслу текста», кажутся привлекательными людям (и ужасными для других людей), то отчасти потому, что эти императивы находят отклик в глубокой, не до конца осознанной подоплеке всеобъемлющего юридического формализма.

В-четвертых, всеобъемлющий формализм остается искушением — особенно для правоведов. В значимом (и не до конца объясненном) смысле всеобъемлющий формализм остается для многих ученых своего рода скрытым идеалом. Всё это теоретизирование, моделирование и построение парадигмы, вся эта в высшей степени концептуалистская работа и всё это автоматическое стремление к элегантности, согласованности, систематичности и точности независимо от контекста<sup>76</sup> свидетельствует о продолжающемся влиянии формалистического идеала на американское юридико-академическое воображение.

В-пятых, в более глубоком смысле возникает вопрос о возможности иметь концепцию «права», лишенную формализма. Говоря позитивно, вполне возможно, что с точки зрения нашей культурной и интеллектуальной грамматики право и формализм неразрывно переплетены. Если это так, то искоренение формализма может быть равносильно устранению того, что мы в культурном и интеллектуальном смысле считаем «правом».

## С. Реализм (невозможный и укоренившийся)

Как самостоятельный проект права, реализм неправдоподобен. Существует элементарно слишком много аспектов современного права, которые делают реализм неподходящим в качестве исчерпывающего объяснения. Среди этих условий — формальные архитектурные особенности права, многие из которых продолжают существовать (даже если иногда находятся в аварийном состоянии):

- *Stare Decisis*;
- доктрина контролирующих прецедентов (*controlling case doctrine*);
- концептуальный анализ;
- иерархия источников права;
- предметно-обусловленные категории и дискурсы (контракты против деликтов);
- формальные институциональные субъекты (корпорации, арендодатели и т. д.).

Реализм может предоставить обоснования этим архитектурным особенностям права. И реалистические соображения могут придать форму и содержание этим архитектурным особенностям. Всё это

<sup>73</sup> Шлаг П. Эстетики американского права. (Описание эстетики сетки.)

<sup>74</sup> См., напр.: *Scalia A. The Rule of Law and the Law of Rules. University of Chicago Law Review, 1989. Vol. LVI. Pp. 1175, 1184.* (Защита «простого смысла текста» в качестве предпочтительного метода интерпретации, который приводит к формулированию четких команд и ясных норм.)

<sup>75</sup> См.: *Grey T. C. The New Formalism* (Рассуждение о возрождении формализма в современную эпоху.) Грей «изображает новых формалистов (в качестве представителя которых выступает судья Скалиа), характеризуя их тем, что они придерживаются четырех направлений юриспруденции: объективизма, оригинализма, текстуализма и концептуализма».

<sup>76</sup> Элегантность, связность и т. п. — это не те качества, над которыми стоит смеяться. В то же время возникает ощущение, что некоторые правоведы настаивают на этих качествах без учета контекста, т.е. без учета конкретных целей и объектов исследования.

говорит о том, что реалистический подход может поддерживать локализованный правовой режим, которому присущи, например, концептуализм, систематичность или другие формалистические черты. Но чего реализм не может сделать, так это стать своего рода формалистическим режимом — иное вело бы к самоотрицанию.

Реализм зависит в определенной степени от ранее существовавшей архитектуры<sup>77</sup>. Ему нужен, по крайней мере, некоторый неприукрашенный догматизм (не очень реалистичный) и механическое или беспрекословное повторение (опять же не очень реалистичное) базовых тождеств и операций фундаментального рассуждения. Реализм сам по себе — не архитектура. Архитектуру нужно искать в другом месте, и она должна со временем оказывать достаточное сопротивление реалистическим вызовам. Иными словами, реализм — это *après coup*<sup>78</sup> — он был и остается зависимым от ранее существовавшей архитектуры. И в американском праве именно формализм обеспечивает такую архитектуру.

Между тем проблема, которую реализм ставит перед формальной архитектурой, хорошо известна. Если со временем инструментализм, практичность и контекстуализм не контролировать, они будут интегрировать цели и задачи в юридические идентичности (до тех пор, пока эти идентичности в итоге не потеряют свою целостность)<sup>79</sup>. Другой способ выразить эту идею состоит в том, что некоторая архитектура и некоторые относительно фиксированные и устойчивые идентичности необходимы хотя бы для того, чтобы думать, и их нельзя обеспечить только за счет консеквенциализма, практичности и контекстуализма<sup>80</sup>.

#### D. Формализованный реализм

И всё же, даже если реализм невозможен, его нельзя избежать. Наше право в настоящее время изобилует явно инструменталистскими тестами, методологиями балансировок, многофакторными тестами и хорошо укоренившейся приверженностью анализу политики. Существует ироничный (и в то же время вполне реальный) смысл, в котором реализм теперь является новым формализмом. Реалистические тесты, доктрины, правила и политика теперь полностью формализованы в нашем законодательстве. И что в наши дни может быть более нерефлексивным, автоматическим и формальным, чем балансировка, анализ затрат и выгод или проверка совокупности обстоятельств<sup>81</sup>? Эти мелкие пункты достигли почти всеобъемлющего статуса — такого, что сами по себе являются нормой, а категорическое решение теперь должно автоматически выноситься на основе своего рода глобального анализа затрат и выгод. То, что когда-то казалось — во времена правового реализма и социологической юриспруденции 1920-х и 1930-х годов — изученным внеправовым рассмотрением социальных последствий, теперь стало интернализированным в праве. Это преувеличение, но есть странный смысл, в котором инструментализм, функционализм, консеквенциализм и политический анализ стали формализмом нашего времени. Когда мы проводим анализ политики, создается впечатление, что для любого данного существенного предмета учитываются только определенные избранные стратегии. Более того, политика, которая действительно имеет значение, как правило, уже была внедрена в рамках позитивного права. Действительно, в наших юридических анализах мы обычно далеки от рассмотрения всех последствий любого доктринального выбора. Более того, часто мы вовсе не рассматриваем их, и уж точно не все из них.

<sup>77</sup> Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought—A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864. (Автор отмечает, что «прагматический инструментализм» в значительной степени зависит от «механизма реализации».)

<sup>78</sup> Переживание постфактум (*Прим. пер.*)

<sup>79</sup> Джереми Уолдрон высказывает аналогичную мысль о том, как функционализм разъедает юридические понятия: «Но если данный [юридический] термин определен таким образом [функционально], то он будет отождествляться (для каждой правовой системы) с фактическими критериями, которые используются в данный момент времени для определения применимости или неприменимости данного понятия. Измените критерии, и вы измените концепцию. Проблема в том, что при этом теряется способность понятия обозначать связи с другими понятиями — связи, которые выдерживают такие изменения в применимости». См.: *Waldron J. "Transcendental Nonsense" and System in the Law.*

<sup>80</sup> Саммерс убедительно это доказывает. См.: Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864. Pp. 909–916.

<sup>81</sup> См.: *Aleinikoff A. Constitutional Law in the Age of Balancing.* Yale Law Journal, 1987. Vol. XCVI. Pp. 943, 944–945. (Утверждение о том, что балансировка проникла в современное конституционное толкование, несмотря на его недостатки.)

## Е. Прерванная критика

По иронии судьбы ощущение того, что правовой ландшафт усеян руинами формализма и реализма, является не просто вызовом этим двум определениям. Это также вызов их критике. Действительно, критических замечаний в сторону как формализма, так и реализма было недостаточно для того, чтобы исключить их из правового корпуса.

Более того, при всей их первоначальной правдоподобности существует жуткий смысл, в котором критика формализма и реализма также может быть подвержена сомнению. На деле, если на мгновение отвлечься от спора и отложить личные предпочтения, можно прийти к пониманию того, что очевидный провал формализма или реализма заключается в том, что каждый из них не соответствует тем идеалам и функциям, которые отстаивает другой.

Сначала рассмотрим формализм. Обратите внимание, что критика формализма (произвол, неэффективность, догматизм и непоследовательность) работает путем устранения оснований (областей применения, источников права, модальностей и рамок), от которых зависит убедительность формализма. В таких обстоятельствах провал формализма не может по-настоящему удивлять: действительно, если мы уберем основания из *любого подхода* и потребуем, чтобы он оправдывал себя на чуждых ему основаниях или с точки зрения несоответствующих идеалов, он, конечно, потерпит неудачу. Чего еще можно было ожидать? То же самое, по-видимому, справедливо и в отношении критики реализма. Эти аргументы о реализме, структурной пустоте, неверности праву, бесконечных отсрочках и дефиците авторитета поначалу могут показаться убедительными. И всё же в следующий момент аргументы, по-видимому, сводятся к простым наблюдениям о том, что реализм не соответствует формалистическим идеалам. Конечно, это терпит неудачу: реализм изначально не пытался соответствовать идентичности или идеалам формализма!

На данный момент у нас есть основания сомневаться не только в убедительности формализма и реализма, но и в убедительности их соответствующей критики. Мы можем задаться вопросом, являются ли критические замечания чем-то большим, чем отслеживание последствий того или иного подхода, за которым следует негативная оценка. Далее мы можем задаться вопросом, является ли отрицательная оценка чем-то большим, чем отрицательное восприятие положительной черты. «Структурная пустота» (критика реализма) звучит плохо, но является ли это чем-то большим, чем негативный термин, соответствующий более привлекательному понятию «гибкий подход»? «Авторитаризм» (критика формализма) звучит плохо, но является ли это чем-то большим, чем негативный термин, применяемый к «категорическому подходу»?

Это всё просто аргументация с помощью тезауруса? Критические замечания тоже опровергнуты? Означает ли тогда их возможный крах, что формализм и реализм доживут до следующего дня, чтобы сразиться? Возможно, и так.

## Ф. Стратегии реконструкции

Усилия по реконструкции руин предпринимаются с использованием различных методов, применяемых по всему правовому ландшафту. Эти методы представлены на разных уровнях обобщения (все, от общей теории до интерпретации правил дорожного движения). И они тоже стали стереотипными:

*Иерархия:* можно подчинить формализм реализму или наоборот. Другими словами, можно позволить одному превзойти или победить другой. Приводя простой пример, некоторые правоведы считают, что политика и принципы должны определять сферу применения норм<sup>82</sup>. Другие правоведы считают, что нормы ограничивают эффективную сферу применения политики и что при наличии таковых лучше всего применять их вне зависимости от обоснований, которые их подкрепляют<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> См., напр: *Eskridge W. N. Dynamic Statutory Interpretation*. Pp. 1483–1484. (Автор предлагает «динамическое толкование закона», которое подчиняет нормы политике.)

<sup>83</sup> См.: *Alexander L. With Me, It's All Er Nuthin': Formalism in Law and Morality*. University of Chicago Law Review, 1990. Vol. LXVI. (Автор приводит аргументы против чтения норм в свете их основных целей.)

Излишне говорить, что иерархию как решение можно сделать более сложной или детализированной. Например, иерархия может быть смягчена до простой презумпции в пользу формализма или реализма<sup>84</sup>. Или презумпция, опровергаемая при определенных условиях. Или... (и так далее).

*Секторизация:* другим решением является признание того, что одна рабочая теория (например, формализм) более уместна в некоторых определенных обстоятельствах или предметных областях, чем другая (например, реализм)<sup>85</sup>. Эта стратегия секторизации может быть сформулирована на очень абстрактном уровне (например, собственность/деликты) или на более конкретном уровне (например, конструкторский/производственный дефект). Как и в случае со стратегией иерархии, возможны различные перестановки и нюансы: презумпции, которые могут быть опровергнуты при определенных условиях, и т. д.

*Задний/передний план:* если мы подумаем об отношениях двух полярностей в терминах заднего/переднего плана, то можем с уверенностью сказать, что большинство правоведов и судей рассматривают руины всеобъемлющего формализма как фон, почву, рамки, исходные линии и укоренившееся право, в рамках которого реализм должен быть реализован, чтобы делать свою работу.

Но нет никакой необходимости использовать формализм в качестве заданного фона. Изображение заднего/переднего плана можно перевернуть. Можно взять реализм за основу и рассматривать формальное доктринальное разграничение как деятельность на переднем плане. Эта транспозиция близка к взгляду на право, красноречиво выраженному Феликсом Коэном в терминах «единой теории поля» еще в 1950-х годах<sup>86</sup>. И это также одно из видений права, заявленных некоторыми мыслителями, занимающимися критическими правовыми исследованиями (ШКПИ)<sup>87</sup>.

*Эклектизм:* можно решить, что целесообразность формалистического или реалистического подходов зависит от контекста<sup>88</sup>. Другими словами, она зависит от рассматриваемого вопроса, применяемой нормы, области применения, вида субъектов, на которые влияет, ценностей, которые поставлены на кон (и так далее). Выбор в пользу того или иного рассматривается как ситуативный<sup>89</sup>.

*Балансировка и соразмерность:* можно также решить, что более уместно — формализм или реализм, сопоставив добродетели и пороки одного с другим<sup>90</sup>. Такого рода балансировка может быть произведена в долларах (или долларовых эквивалентах, утилитях или специальным способом)<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> Schauer F. *Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard: Harvard University Press. 2009. Pp. 29-31; Weinberg J. *Broadcasting and Speech*. California Law Review. 1993. Vol. LXXXI. Pp. 1178–1179. Вейнберг утверждает: «Тот факт, что применение права иногда лучше всего работает как тонкий, не связанный с нормами, дискреционный процесс, кажется необходимым злом, исключением из того, как должно работать юридическое обоснование, т.е. применение норм... Нормы — это то, чем занимается право. Стандарты, как следствие, — это то, что мы используем в тех случаях, когда кажется, что нормы не работают».

<sup>85</sup> Korobkin R. B. *Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*. Orlando Law Review, 2000. Vol. LXXIX. Pp. 23–24. (Рассел Коробкин отмечает, что этот подход описывает то, что делает большинство правоведов.)

<sup>86</sup> Cohen F. S. *Field Theory and Judicial Logic*. P. 241.

<sup>87</sup> Например, можно описать право как поле конфликтующих политик или интересов, а доктрины рассматривать как временные линии перемирания между антагонистическими фоновыми силами. Непримиримые политические конфликты рассматриваются как фундаментальные; в то время как доктринальные различия считаются преходящими. Дункан Кеннеди приписывает это видение фон Иерингу и Демогю: «Что делает Демогю основателем анализа противоречивых соображений, так это то, что он, как и Иеринг, определил компромисс, который встроен в процесс законотворчества. Когда что-то одно повышается (безопасность транзакций), что-то другое должно понижаться (статическая безопасность). Это означает, что при обосновании нормы никогда не имеет смысла говорить, что она хороша, потому что способствует безопасности сделки. Чтобы это имело смысл, нужно добавить: при приемлемых затратах на статическую безопасность. Точно так же и для Иеринга, никогда не имеет смысла оправдывать норму, апеллируя к ее способности регулировать — всегда нужно добавлять: и приемлемой ценой его чрезмерной или недостаточной инклюзивности. В этом заключается основное различие между моделью противоречивых соображений и конкурирующим подходом к анализу политики, который определяет одну политику для каждой нормы». См.: Kennedy D. *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*. Columbia Law Review, 2000. Vol. C. Pp. 94, 113.

Это особое видение, в котором политика представляется задним планом, а прорисовка линий — передним, имеет большую привлекательность, если рассматривать его в долгосрочной перспективе. При временной шкале в десятилетие или два можно легко заметить, что политика не сильно меняется со временем, в то время как доктринальные линии смещаются туда-сюда (по крайней мере, так будет казаться во многих, пусть и не во всех, областях права).

<sup>88</sup> Shiffrin S. *The first Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*. Northwestern University Law Review, 1983. Vol. LXXVIII. Pp. 1212, 1251–1255. (Автор развивает «эклектический» подход к свободе слова); Grey T. C. *The New Formalism*.

<sup>89</sup> Как ни странно, часто оказывается, что ситуация, сцена и действие сами по себе поддаются характеристике как в формалистических, так и в реалистических терминах. Я проиллюстрировал это в тексте, сопровождающем примечания 137–142 — на примере битвы за формулировки между судьями Холмсом и Кардозо.

<sup>90</sup> См.: Korobkin R. B. *Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*. (Автор отмечает, что в литературе по праву и экономике нет очевидных общих предпочтений в пользу норм или стандартов.)

<sup>91</sup> См. об этом: Шлаг П. Эстетики американского права.

*Децизионизм*: можно просто отказаться от прежней методологической приверженности и принять решения по мере того, как представится возможность выбора<sup>92</sup>.

В целом все эти подходы обладают некоторой поверхностной правдоподобностью. Но ирония заключается в том, что, если рассматривать все вместе в указанном выше порядке — от иерархии через задний/передний план до децизионизма, становится очевидным, что мы воспроизвели спектр, простирающийся от формализма до реализма.

## МЕТОДЫ РЕКОНСТРУКЦИИ

### Формализм

Иерархия

Секторизация

Задний/передний план

Эклектизм

Балансировка и соразмерность

Децизионизм

### Реализм

Как только кто-то обращает внимание на этот спектр, это становится лишь небольшим шагом к признанию того, что сами стратегии реконструкции, изложенные выше, скорее воспроизводят формальную напряженность, чем разрешают ее. Другими словами, напряженность повторяется на более высоком (методологическом) уровне абстракции, в частности, в выборе методов реконструкции.

Ирония усугубляется тем, что одновременное представление всех этих методов явно не устраняет противоречия между формализмом и реализмом, а скорее усиливает ощущение несговорчивости и запутанности. В настоящее время существует гораздо больше подходов к спору формализма и реализма.

Методы реконструкции сами по себе вписаны в наше право и в когнитивные ориентации юристов и правоведов. Методы реконструкции неоднократно оказывались согласованными и несогласованными, неоднократно подтверждались и отвергались на протяжении всего существования права. Ни один метод никогда решительно не побеждает другие. Действительно, каждый метод остается закрепленным в американском праве как уже действующая форма или бездействующая форма, готовая к повторной активации.

Из-за неудач великих усилий по реконструкции юристы и правоведы плывут по течению, используя странную смесь реалистических и формалистических работ. Конечно, можно предположить, что сочетания формализма и реализма волей провидения сложились в некий рациональный и последовательный механизм. Возможно, например, формализм и реализм каким-то образом компенсируют недостатки друг друга. Или, возможно, эклектичное распределение формалистических и реалистических

<sup>92</sup> Выбор между формализмом и реализмом может быть сделан и спонтанно. Это по-разному согласуется с экзистенциалистской философией, иррационализмом или децизионизмом. Здесь речь идет о том, что выбор того, как сформулировать или применить доктрину, нередуцируем. Он никогда не бывает полностью продиктован знанием, разумом и т.п. *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review, 1976. Vol. 89.* (Децизионизм повлечет за собой то, что Карл Шмитт назвал «чистым решением, не основанным на разуме и обсуждении и не оправдывающим себя, то есть абсолютным решением, созданным из небытия».) См.: *Шмитт К. Политическая теология. М.: Канон-пресс, 2000. 336 с.* (Шмитт был правым католическим теоретиком, одним из ведущих правовых мыслителей Веймарской эпохи. В 1933 году он вступил в нацистскую партию и оставался нацистом до 1945 г.)

моментов по всему праву отвечает какой-то якобы рациональной внеправовой переменной — транзакционному контексту, фактам, смыслу ситуации, невидимой руке или чему-то подобному.

Возможно, во всем этом есть какая-то рациональность. Но на сегодняшний день так и не появилось никакой демонстрации сути дела и никаких обнадеживающих знаний, полученных по этому вопросу. Более того, возникает большое сомнение в том, что такое глобальное знание может быть достигнуто. Ничто из сказанного не означает, что фактическое применение формализма или реализма в юридических обзорах, судебных заключениях, статутах и нормативных актах является произвольным. Эта позиция также не подразумевалась.

## **G. Что дальше?**

Если быть более точным: ну и что с того, что два наших господствующих взгляда на право, формализм и реализм, одновременно невозможные и укоренившиеся? Зачем беспокоиться?

Один из ответов, по крайней мере с юридической точки зрения, заключается в том, что эффективность и само очищение права, верховенство права и справедливость (фактически многие из важнейших ценностей, связанных с правом) якобы зависят от нашего знания того, что мы делаем, когда применяем закон. Одновременная укорененность и невозможность двух наших господствующих взглядов ставит под сомнение такую претензию на знание в любом сильном смысле этого слова<sup>93</sup>. Мы не знаем, быть ли нам формалистами, реалистами или чем-то средним в нашем выборе того, как различать, толковать, разрабатывать или модифицировать право<sup>94</sup>.

Можно, конечно, просто утверждать, что ученые, судьи, законодатели и представители государственной власти всегда, или часто, или в общем «правильно» выбирают между формализмом и реализмом в соответствующем контексте. Но такие утверждения несколько неубедительны. Во-первых, ученые, судьи, законодатели и представители государственной власти, как правило, весьма расходятся во мнениях (по нескольким причинам) относительно надлежащего подхода. Во-вторых, просто нет оснований — за исключением интуитивного суждения — подтверждать такие конкретные утверждения.

Это не значит, что мы покончили со спорами о формализме и реализме. Напротив, они продолжают в виде локализованных вариантов.

## **IV. СОВРЕМЕННАЯ СЦЕНА: ЛОКАЛИЗОВАННЫЕ ВАРИАНТЫ СПОРА ФОРМАЛИЗМА И РЕАЛИЗМА**

В связи с продолжающимся присутствием формализма и реализма, их интеллектуальной немощностью и невозможностью существования в качестве общего видения права, споры продолжают, хотя и в меньшем масштабе, в виде «локализованных вариантов». Такие варианты могут быть локализованы в двух значениях слова. Во-первых, в том смысле, что касаются конкретного предметного поля (например, антимонопольного законодательства, стандарта осмотрительности при халатности и т.д.). Во-вторых, в том смысле, что они сосредоточены на одной или, возможно, только на нескольких конститутивных чертах, связанных с формализмом и реализмом (например, контекстуализм против всеобъемлемости, автономия против конструктивизма).

В целом можно сказать, что современное позитивное право представляет собой смесь предписаний, запретов, делегирований, формальностей, методов интерпретации и способов рассуждения (и многого

<sup>93</sup> Это не значит, что в определенном контексте у нас не будет сильного чувства, что предпочтение — реализм или формализм. Но в праве «чувство» обычно не имеет того же статуса, что и «знание».

<sup>94</sup> В философии, конечно, тот факт, что сообщество толкователей может разделиться по какому-то вопросу, не исключает возможности того, что одна из сторон просто не права. Но не стоит путать право с философией или полагать, что первое — это колония второго.

другого), которые, в свою очередь, видоизменяются и осаждаются всевозможными способами в соответствии с интерактивными образцами споров между формализмом и реализмом<sup>95</sup>.

Вот, в качестве примера, несколько локализованных вариантов спора (которые будут подробно описаны ниже):

1. Формы предписаний: *нормы против стандартов*.
2. Ценностные формы: *формальные против фактических*.
3. Толкование: *текстуальное против телеологического*.

Это варианты в той мере, в какой они перекликаются друг с другом (отголоски отголосков отголосков...). В настоящее время эти локализованные варианты появляются в академической литературе, вызывают значительный интерес, способствуют повышенному интеллектуальному пылу, а затем медленно затухают, не оставляя после себя ничего, пока их не подхватят и не возродят некоторое время спустя.

Общие черты этих споров представлены здесь в эстетических, а не аналитических терминах<sup>96</sup>. Таким образом, попытка требует от читателя определенной эстетической чувствительности для распознавания общих черт. Суть в том, чтобы оценить, насколько локализованные варианты по форме являются версиями друг друга.

## А. Нормы против стандартов

Споры об относительных добродетелях и пороках того, что в американском праве называется *bright-line rule*<sup>97</sup> (дословно — «правило яркой линии») и «гибкого стандарта», распространены повсеместно и встречаются во многих областях: от уголовного процесса до Единого торгового кодекса и конституционного права (практически по каждому предмету учебной программы юридического факультета). Считается, что нормы являются определенными и предсказуемыми, а стандарты — гибкими и адаптивными. С отрицательной стороны считается, что нормы являются жесткими и механическими, а стандарты — нечеткими и неопределенными.

Нормы и стандарты — это разные формы, которые может принимать веление. Оно имеет спусковой механизм (также называемый предикатом или гипотезой) и ответную реакцию. Нормативная форма веления об уровне шума в жилых помещениях могла бы звучать так: «Шум выше восьмидесяти децибел наказывается штрафом в размере ста долларов». Стандартная форма может быть прочитана следующим образом: «Чрезмерно громкие звуки караются соответствующим штрафом».

Новаторская работа о соотношении норм и стандартов была проделана Дунканом Кеннеди, который описал диалектическую форму аргументации, противопоставляющую «конкретную норму» «гибкому стандарту»<sup>98</sup>. Аргументы, как отметил Кеннеди, представлены в весьма стереотипной форме. Следовательно, их можно наглядно изобразить в виде таблицы — как в следующей слегка сокращенной и пересмотренной версии оригинальной диаграммы Кеннеди:

<sup>95</sup> А используя термин «интерактивные образцы», я имею в виду ассортимент реконструктивных стратегий, позволяющих сделать выбор между формализмом и реализмом. Они были описаны в примечаниях 76–87.

<sup>96</sup> В данной статье я использую термин «эстетика» в том смысле, который был раскрыт в моей предыдущей статье «Эстетики американского права». «В такой концепции эстетическое относится к формам, образам, тропам, ощущениям и переживаниям, которые делают возможным создание, понимание и даже сущность человеческих усилий, включая, в частности, право». *Шлаг П.* Эстетики американского права. Эта концепция эстетики согласуется с недавними попытками вновь придать эстетический характер многочисленным социальным и интеллектуальным предприятиям. См. в общем: *Welsch W.* Undoing Aesthetics. New York: SAGE Publications, 1998. 224 p. (Автор утверждает, что эстетика помогает понять многие аспекты культурной и интеллектуальной жизни.)

<sup>97</sup> *Bright-line rule* — это четко определенная норма, состоящая из объективных факторов, которая практически не оставляет места для различных интерпретаций. Цель такой нормы — добиться предсказуемых и последовательных результатов при ее применении. (*Прим. пер.*)

<sup>98</sup> *Kennedy D.* Form and Substance in Private Law Adjudication. Pp. 1689–1690. До появления работы Кеннеди в американской юридической литературе, похоже, не проводилось длительного анализа соотношения правил и стандартов. Есть лишь мимолетное упоминание в материалах Харта и Сакса. *Ibid.* См. также *Pound R.* Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. *Tulane Law Review*, 1933. Vol. VII. Pp. 475, 482–483, 485–486. (Автор утверждает, что правила предписывают определенные, подробные правовые последствия для определенного набора подробных фактов; стандарты, напротив, определяют общий предел допустимого поведения, требующий применения с учетом конкретных фактов дела.) Концепции правил и стандартов, используемые в данной статье, следуют концепциям Кеннеди, Харта и Сакса.

## ДИАЛЕКТИКА СПОРА НОРМ И СТАНДАРТОВ<sup>99</sup>

PRO НОРМЫ	CONTRA НОРМЫ	PRO СТАНДАРТЫ	CONTRA СТАНДАРТЫ
Видите ли, нормы хороши: они делают право...	Что за глупости! Нормы плохи, ведь они делают право...	Стандарты действительно хороши: они делают право...	Что за глупости! Стандарты плохи, ведь они делают право...
определенным	механическим	гибким	размытым
простым	грубым	сложным	непрозрачным
отточенным	жестким	эластичным	расплывчатым
описательным	авторитарным	контекстуальным	непостоянным
элегантным	упрощенным	однообразным	запутанным
всеобъемлющим	закрытым	открытым	неоконченным
автономным	изолированным	связанным	зависимым

Это относительно простой взгляд на спор о нормах и стандартах с точки зрения пороков и добродетелей, но тем не менее он точно суммирует многие аргументы, обычно приводимые за и против норм и стандартов. Если требуется иллюстрация, можно рассмотреть, каким образом приведенные выше характеристики соответствуют более полно сформулированным аргументам об относительных добродетелях и пороках норм и стандартов<sup>100</sup>.

Согласно диаграмме существует определенное соответствие между диалектикой норм и стандартов и дебатами о формализме и реализме. Можно было бы сказать, что с эстетической точки зрения нормы относятся к стандартам так же, как формализм относится к реализму. И одновременно можно было бы также сказать — опять же с эстетической точки зрения — что споры о нормах и стандартах в значительной степени совпадают со спорами о формализме и реализме<sup>101</sup>. Действительно, следует учесть, что характеристики в таблице могут быть так же легко применимы к формализму и реализму, как и к нормам и стандартам. Это как если бы нормы и стандарты были своего рода искусственной версией противостояния формализма и реализма. Или, выражаясь наоборот, это как если бы спор формализма и реализма был теоретической абстракцией спора норм и стандартов.

Повсеместное противопоставление норм стандартам и формализма реализму простирается гораздо дальше. Действительно, как только человек знакомится с диалектикой соотношения норм и стандартов, он начинает распознавать ее во всей доктринальной империи права. Она пришла из далекого прошлого и пересекает все пограничные земли империи права. Вот лишь несколько наглядных примеров:

1. Владение: *определенный контроль против преследования по горячим следам*<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Оригинальную схему Кеннеди, отражающую плюсы и минусы правил и стандартов, см. в *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication*. Pp. 1710–1711. Дальнейшие недавние дискуссии о правилах и стандартах см. в *Alexander L., Sherwin E. The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham: Duke University Press, 2001. P. 32–33; *Epstein R. Simple Rules for a Complex World*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. P. 21–128; *Kelman M. A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. Pp. 15–63; *Posner R. The Problem of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. Pp. 42–53; *Schauer F. Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991; *Kaplow L. Rules Versus Standards: An Economic Analysis*. *Duke Law Journal*, 1992. Vol. XLII. Pp. 557–629; *Kennedy*, *ibid.* Pp. 1741–1776; *Korobkin*, *ibid.* P. 79; *Posner E. A. Standards, Rules, and Social Norms*. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1997. Vol. XXI. Pp. 101, 107–116; *Schlag P. Rules and Standards*; *Sullivan K. M. The Justice of Rules and Standards*. *Harvard Law Review*, 1992. Vol. CVI. No. 22. Pp. 57–95.

<sup>100</sup> Такая иллюстрация приводится в тексте примечаний 91–93 и 95.

<sup>101</sup> Это, конечно, не означает, что нельзя приводить формалистические аргументы в пользу стандартов или предпочитающие стандарты аргументы в пользу формализма. Это также не означает, что нельзя приводить реалистические аргументы в пользу правил или предпочитающие правилу аргументы в пользу реализма.

<sup>102</sup> См.: *Pierson v. Post*, 3 Cai R. 175 (1805). Это великое дело об охоте на лис на первом курсе юридического факультета, в котором суд должен был решить, возникает ли право собственности на лису при «определенном контроле» (норма) или при «преследовании по горячим следам» (стандарт). Обратите внимание, как в следующем рассказе диалектика «нормы против стандартов» и материально-правовые вопросы смешаны воедино: «Таким образом, Пирсон представляет два великих принципа, казалось бы, противоречащих друг другу, для определения владения: (1) уведомление мира посредством явного действия и (2) вознаграждение за полезный труд. Последний принцип, конечно же, предполагает трудовую теорию собственности. Владелец получает награду, когда “примешивает свой труд” к охоте. С другой стороны, первый принцип предполагает, по крайней мере, слабую форму теории согласия: сообщество требует ясных действий, чтобы у него была возможность оспорить претензии, но можно считать, что оно соглашается с индивидуальной собственностью, когда претензии ясны и не вызывают возражений».

См.: *Rose C. M. Possession as the Origin of Property*. *University of Chicago Law Review*, 1985. Vol. LII. Pp. 73, 77. См. также: *Smith H. Possession as the Origin of Property*. *Stanford Law Review*. 2003. Vol. LV. Pp. 1105, 1119. (Автор отстаивает сторону «за», отмечая, что, как правило, владение должно быть определено для большой разнородной аудитории — следовательно, необходимо четкое правило. Но см. также *McDowell A. Legal Fictions*

2. Процессуальные гарантии: *уважение достоинства человека (dignitary) против инструментального видения (instrumental view)*<sup>103</sup>.

3. Равная защита: *многоуровневая проверка*<sup>104</sup> *против принципа скользящей шкалы (sliding scale)*<sup>105</sup>.

4. Инкорпорация: *полное закрепление против фундаментальных прав*<sup>106</sup>.

5. Договоры/устные доказательства: *правило четырех углов (four corners)*<sup>107</sup> *против воли сторон*<sup>108</sup>.

Если мы обратим внимание на аргументы, присутствующие в приведенных выше спорах, то увидим, что споры о нормах и стандартах материализуются. Они «становятся материальными» в том смысле, что формы (нормы против стандартов) смешиваются с материальными аспектами споров<sup>109</sup>.

Следует отметить, что доводы спора «норм и стандартов» представляют собой застывшую диалектику — набор продолжающихся, но неубедительных аргументов. Они никуда не ведут — просто ходят взад и вперед<sup>110</sup>. Может случиться так, что решение будет найдено — но это только потому, что в какой-то момент спор прекратится. Любой человек всегда больше ценит аргументы одной стороны и игнорирует аргументы другой<sup>111</sup>.

Многие юристы пытались увязать споры о нормах и стандартах с существенными обстоятельствами, такими как эффективность, соотнесенное поведение, добросовестность и тому подобными; но по причинам, которые будут приведены позже, все эти усилия кажутся основательными. Конечно: нормы более эффективны (когда они работают так, как задумано). Конечно: стандарты справедливо относятся к отдельным лицам исходя из их собственных достоинств (когда стандарты хорошо применяются). Конечно: нормы способствуют прозрачности (когда нормы более прозрачны, чем соответствующие им социальные предписания)<sup>112</sup>. Конечно... (и так далее)<sup>113</sup>.

## В. Ценностные формы

Другой локализованный вариант споров между формализмом и реализмом проявляется в разработке якобы фундаментальных правовых ценностей. Действительно, относительно легко найти

in Pierson v. Post. 2007. Vol. CV. P. 735. (Автор плавно сдувает фактические и теоретические предположения о деле Pierson v. Post, принятые Роузом, Смитом и др.)

<sup>103</sup> См. Tribe L. American constitutional law. Mineola, New York: Foundation Press, 1988. P. 714–716. (Автор рассуждает о различиях между уважением достоинства человека и инструментальным подходом к вопросу «какой процесс является надлежащим?» и приводит классические антистандартные аргументы против инструменталистской точки зрения).

<sup>104</sup> Доктрина многоуровневой проверки — использование американскими судами при рассмотрении дел различных методов проверки и балансировки нарушенных прав, что приводит к вынесению различных приговоров по двум одинаковым делам, в одном из которых субъектом является человек, относящийся к дискриминируемой категории, а в другом — нет. (Прим. пер.)

<sup>105</sup> См.: San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). Аргументы в пользу скользящего подхода к равной защите. Скользящая шкала — это механизм, призванный побудить обвиняемых признать свою вину как можно раньше в ходе судебного процесса. Он действует по принципу: чем раньше будет сделано признание вины, тем большими будут положительные последствия такого признания (уменьшение санкций). (Прим. пер.)

<sup>106</sup> Ср.: Adamson v. California, 332 U.S. 46, 71–92 (1947). Утверждение о том, что Четырнадцатую поправку следует толковать как передачу штатам всего Билля о правах. С Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 321, 328 (1937) — отвержение аргумента заявителя о том, что весь Билль о правах был распространен на штаты через Четырнадцатую поправку, и вместо этого использование анализа фундаментальных прав.

<sup>107</sup> Правило четырех углов — доктрина, используемая при наличии двусмысленности терминов, согласно которой суд должен полагаться исключительно на письменный документ и не может принимать во внимание посторонние доказательства, ограничиваясь тем самым четырьмя углами документа. (Прим. пер.)

<sup>108</sup> Ср.: W.W.W. Assoc., Inc. v. Giancontieri, 566 N.E.2d 639, 642 (1990) — применение подхода «четырёх углов» к исполнению условий договора с Pacific Gas & Elec. Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co., 442 P.2d 641, 644 (1968) — подход, согласно которому намерение сторон, выраженное в договоре, является источником договорных прав и обязанностей.

<sup>109</sup> Примеры пяти «субстанциализированных» споров можно найти в примечаниях 91–95. В позитивном праве наиболее часто подобным образом субстанциализируется спор между правилами и стандартами. Развернутый пример приведен в примечаниях 137–142 — через объяснение того, как в деле Pokora v. Wabash Railway Co., 292 U.S. 98 (1934) Кардозо занял позицию «за стандарты», а Холмс — «за правила».

<sup>110</sup> Schlag P. Rules and Standards — утверждение о том, что застывшая диалектика «никуда не идет», потому что «нет момента синтеза».

<sup>111</sup> См.: Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. P. 1775. (Автор рассматривает последствия противоречий и заявляет, что «смысл противоречия на уровне абстракции» заключается в том, что не существует «метасистемы», которая могла бы дать указания относительно конкретного режима, как того «требуют обстоятельства»).

<sup>112</sup> Подробнее об этой проблеме (поверхностность) см. в главе V, части B.

<sup>113</sup> Конечно, есть много случаев, когда нам кажется, что суд пришел к «правильному» или «неправильному» результату, но это ощущение во многом зависит от того, как мы представляем себе соответствующую ситуацию. В таком представлении нет ничего плохого. Но в данном случае оно вообще не является решением проблемы, поскольку ситуацию (какой бы она ни была) можно представить себе множеством способов, более или менее благоприятных для правил или стандартов.

формалистические и реалистические версии фундаментальных правовых ценностей, таких как справедливость или свобода. Более того, аргументы, приводимые в поддержку или опровержение различных концепций фундаментальных правовых ценностей, имеют определенное сходство со спорами о формализме и реализме, а также о нормах и стандартах.

Рассмотрим следующую таблицу фундаментальных правовых ценностей:

	Формализм	Реализм
Справедливость	Одинаковое обращение ( <i>uniform treatment</i> ) <sup>114</sup>	Обращение по заслугам ( <i>just deserts</i> ) <sup>115</sup>
Равенство	Формальное равенство <sup>116</sup>	Фактическое равенство <sup>117</sup>
Нейтральность	Отстраненность <sup>118</sup>	Беспристрастность
Свобода	Позитивная <sup>119</sup>	Негативная <sup>120</sup>
Эффективность	по Парето	по Калдору-Хиксу
Независимость	Независимость индивида <sup>121</sup>	Самореализация и возможности <sup>122</sup>

Достаточно легко заметить, что многие аргументы в пользу противоположных концепций справедливости, равенства и нейтральности имеют привкус споров о формализме и реализме и диалектики норм и стандартов. Опять же, связь или следствие не логические, а скорее эстетические. И здесь мы имеем дело с уже привычным явлением. В рамках определенного направления (скажем, негативной свободы) можно было бы найти как формалистические, так и реалистические варианты.

### С. Текстуальный подход против телеологического

Здесь рассмотрим аргументы, связанные со спором текстуального и телеологического толкования. Текстуальное толкование исходит из понятия о том, что текст имеет окончательное юридическое значение и является авторитетным<sup>123</sup>. Таким образом, текстуализм объединяет утверждение о лингвистическом значении (слова имеют определенные, даже если иногда расплывчатые, значения) и утверждение об источни-

<sup>114</sup> Schauer F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. P. 149–53.

<sup>115</sup> Sullivan K. M. *The Justice of Rules and Standards*. P. 66. (Автор предполагает, что единообразный подход подавляет соответствующие сходства и различия, в то время как более стандартный подход рассматривает людей по существу одинаково.)

<sup>116</sup> Хайек Ф. А. Конституция свободы. М.: Новое издательство, 2011. С. 81. Хайек утверждает: «Из того, что все люди очень разные, следует, что если обходиться с ними одинаково, результатом неизбежно будет неравенство в их действительном положении, а единственный способ поместить всех в одинаковое положение состоит в том, чтобы обходиться с ними по-разному... желание сделать людей более равными по жизненным условиям не может быть принято в свободном обществе как оправдание для дальнейшего и дискриминационного принуждения».

<sup>117</sup> Nussbaum M. C. Foreword: *Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*. *Harvard Law Review*, 2007. Vol. CXXI. Нуссбаум утверждает (курсив добавлен):

«Первое и самое важное предложение заключается в том, что судья должен думать о правах как о возможностях, задаваясь вопросом: действительно ли люди могут пользоваться этим правом, или существуют тонкие препятствия, которые стоят между ними и полным или равным доступом к праву? Судьи должны внимательно относиться к истории и социальному контексту...»

<sup>118</sup> Peppet S. R. *Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation*. *Texas Law Review*, 2003. Vol. LXXXII. Pp. 227–285.

<sup>119</sup> Berlin I. *Two Concepts of Liberty*. *The Proper Study of Mankind*. London: Pimlico, 1998. Pp. 191, 203–206. (Автор приводит аргументы в пользу негативной свободы, противопоставляя ее тоталитарным последствиям и потенциалу позитивной свободы.)

<sup>120</sup> West R. *Rights, Capabilities, and the Good Society*. *Fordham Law Review*, 1901. Vol. LXIX. Pp. 1901, 1906–1907. Вест утверждает: «Негативные права возвышают или расширяют возможности гражданина по сравнению с патерналистским государством. Однако, задерживая руку патерналиста, негативные права одновременно подчиняют гражданина его более сильному собрату — тем самым закрепляя частное неравенство — и лишают государство возможности обеспечивать от имени более слабых граждан материальные предпосылки для развития способностей, необходимых для полноценной человеческой жизни».

См. также: Breyer S. *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*. New York: Vintage Books, 2006. Pp. 9–12. (Автор противопоставляет современную свободу активной свободе); Senstein C. R. *Legal Interference with Private Preferences*. *University of Chicago Law Review*, 1986. Vol. LIII. Pp. 1129, 1132–1133. (Автор противопоставляет негативную концепцию свободы республиканской концепции.)

<sup>121</sup> Posner R. *The Problem of Jurisprudence*. P. 117. «Верховенство закона важно, если мы заботимся об автономии, потому что стандарты, в большей степени, чем правила, поощряют самоподдерживающееся соответствие воображаемым целям государства, а не действия, отражающие подлинные ценности и интересы человека».

<sup>122</sup> Nussbaum M. C. Foreword: *Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*. P. 11. В основе [подхода возможностей] лежит идея... что все люди ценны, заслуживают уважения и поддержки, и что ценность всех людей одинакова. По мнению [подхода возможностей], уважение в основном подразумевает поддержку людей в развитии и реализации некоторых центральных человеческих способностей, среди которых особенно выделяется способность к выбору.

<sup>123</sup> См.: Scalia A. *The Rule of Law and the Law of Rule*. Pp. 1183–1184. (Автор описывает интерпретацию простого текста.)

ке юридической силы (текстуальные нормы). Телеологическое толкование охватывает и другие возможные варианты, такие как интенционализм, философская экзегеза, динамическое толкование (и так далее)<sup>124</sup>. Телеологический подход включает в себя другие формы толкования, которые предполагают, что юридический текст должен быть внимательно прочитан в свете намерений, целей, контекста, ценности, социального консенсуса (и тому подобное). Это можно было бы считать несколько необычным способом разделения реальности правового толкования, которое часто считается плюралистическим, а не бинарным<sup>125</sup>. Тем не менее различие между сторонниками текстуального и телеологического подхода не является произвольным: юристы и правоведы обычно полагают, что с точки зрения объектов интерпретации текст является *primus inter pares*. Верно это или нет, но они, как правило, понимают, что самостоятельно интерпретируют текст.

Действительно, справедливо будет сказать, что в течение последнего десятилетия или более текстуализм был своего рода автономным способом толкования, характер которого существенно отличается от других. Отчасти это объясняется тем, что текст обычно рассматривается как релевантный объект интерпретации, в то время как все другие подходы обычно рассматриваются как способы интерпретации текста. Если это верно, то текстуальный подход вполне может быть более формалистичным (предписывая обращать внимание на текст и ни на что другое), чем другие, которые, по-видимому, связаны с более оценочными способами выявления намерений, целей, контекста, ценностей, социального консенсуса (и тому подобного). Одновременно можно увидеть, что существует несколько весьма стилизованных аргументов «за» и «против» текстуального и телеологического подхода, которые следуют спору формализма и реализма и диалектике норм и стандартов:

	PRO ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	PRO ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД
	Видите ли, текстуальный подход хорош, потому что...	Что за глупости! Текстуальный подход плох, потому что...	Телеологический подход действительно хорош, потому что...	Что за глупости! Телеологический подход плох, потому что...
Замечание	Текст является публичным и писанным, поэтому он доводит до сведения всех и устанавливает общие ожидания	Без контекста текстуализм приводит к принятию произвольных решений, которые нарушают ожидания общества в отношении разумности <sup>126</sup>	Учитываются все те соображения, которые разумный толкователь принял бы во внимание <sup>127</sup>	Рассматриваются ресурсы, которые, как правило, недоступны для общечеловечности
Цена решений	Снижает затраты на принятие решений за счет ограничения объема исследований, которые необходимо провести <sup>128</sup>	Направлен на то, чтобы замаскировать и свести к минимуму необходимость... выбора до того момента, как будет установлено общее правило	Снижает затраты на принятие решений, полагаясь на знания и формулировки, уже созданные другими <sup>129</sup>	Повышает затраты на принятие решений, расширяя число источников, которые должны учитывать судьи при принятии решения

<sup>124</sup> Приведенное мною бинарное деление намеренно затушевывает некоторые важные общепринятые различия между несколькими стандартными подходами к толкованию Конституции.

<sup>125</sup> Полезный обзор основных видов толкования в конституционном праве см. в: *Bobbitt Ph. Constitutional fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1982. Pp. 3–122. (Автор описывает различные способы конституционного толкования (исторический, текстуальный, доктринальный, пруденциальный, структурный и этический)).

Обратите внимание, что я не утверждаю, что различие между «текстуальным» и «телеологическим» толкованием является последовательным. Я просто провел это различие с точки зрения текстуалистов, которые склонны рассматривать все остальные подходы как неправомерно уходящие от текста в пользу какого-то предпочтительного контекста (например, замысла законодателя, политической философии и т.д.). Мое мнение по этому вопросу почти противоположное, а именно, что в конституционном праве подлинная приверженность текстуализму ведет практически к любому другому виду интерпретации. *Schlag P. Hiding the Ball*. New York University Law Review. 1996. Vol. 71. Pp. 1681, 1688–1692. (Автор показывает, как искренний судья, начинающий толковать текст Конституции, из соображений верности принимает (по очереди) простой смысл, структурное толкование, судебный метод, политическую теорию и т.д.)

<sup>126</sup> *D'Amato A. Counterintuitive Consequences of "Plain Meaning"*. Arizona Law Review, 1991. Vol. XXXIII. Pp. 529, 538. Автор утверждает:

«Следствием настаивания на простом значении ... является то, что оно может вызвать состояние ума, в котором процветает произвол. ... Только в тех случаях, когда буквальное толкование закона совпадает с его разумным и справедливым толкованием в контексте конкретного дела, правило простого смысла может быть безвредным».

<sup>127</sup> См. об этом: *Eskridge W. N., Frickey Jr. & Ph. P. Statutory Interpretation as Practical Reasoning*. Stanford Law Review, 1990. Vol. XLII. P. 321. (Автор описывает пользу телеологического толкования.)

<sup>128</sup> *Nelson C. What is Textualism?* Virginia Law Review, 2005. Vol. XCI. Pp. 347, 351; *Vermeule A. Interpretive Choice*. New York University Review, 2000. Vol. LXXV. No. 74. Pp. 123–126.

<sup>129</sup> *Rubin E. L. Modern Statutes, Loose Canons and the Limits of Practical Reason: A Response to Farber and Ross*. Vanderbilt Law Review, 1992. Vol. XLV. Pp. 579, 586. «Законодательный орган и административные учреждения в рамках одной юрисдикции связаны невероятно плотной

	PRO ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕКСТУАЛЬНЫЙ ПОДХОД	PRO ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД	CONTRA ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД
Ограничение	Сдерживает судью, ограничивая свободу действий и субъективных суждений <sup>130</sup>	Позволяет принимать субъективные решения, давая возможность судье рассматривать как право все смыслы, которые он вкладывает в текст, скрывая истинные причины <sup>131</sup>	Вынуждает судью публично обосновывать свои доводы и использовать убедительные аргументы	Позволяет судье любые доводы для достижения любого желаемого результата <sup>132</sup>
Источники права	Текст — это только то, что было введено в действие: не принципы, не намерения и не историю принятия документа <sup>133</sup>	Текст не имеет смысла без контекста, в котором он был создан. Это ведет к произволу <sup>134</sup>	Текст имеет смысл только в изначальном, телеологическом или ценностном контексте <sup>135</sup>	Позволяет тексту означать что угодно, учитывая множество контекстов, которые могут быть применены <sup>136</sup>
Легитимность	Судьи имеют легитимность только до тех пор, пока они придерживаются фактов, а не ценностей... Тексты и традиции предоставляют факты для изучения, а не убеждения для демонстрации <sup>137</sup>	Текстуализм отбрасывает важные общественные понимания, которые придавали смысл закону <sup>138</sup>	Суд должен выражаться достаточно правдоподобно, чтобы быть принятым нацией <sup>139</sup>	Опора на обычаи, консенсус или народное мнение неизбежно связана с ценностями <sup>140</sup>
Язык	«Значение может быть аконтекстуальным в том смысле, что оно не будет опираться на другие контексты кроме того понимания, которое распространено среди почти всех носителей английского языка» <sup>141</sup>	«Конечно, полностью аконтекстуального значения не может быть. Сообщество носителей английского само по себе образует контекст» <sup>142</sup>	Все значения ситуативны	Лингвистическое значение может быть устойчивым

## Д. Резюме

Несмотря на неубедительность, эти локализованные варианты продолжают занимать американскую правовую арену. На теоретическом уровне нет особой надежды на то, что тот или иной вариант может восторжествовать. Мы уже видели почему: руины формализма и реализма прочно укоренились

сеть отношений и совместной деятельности. {...} Подобно членам семьи, они вырабатывают общий и специализированный набор лингвистических понятий, основанный на этих непрерывных, интенсивных отношениях».

<sup>130</sup> *Bork R. H.* The Tempting of America. New York: Free Press, 1990. Pp. 143–160.

<sup>131</sup> *Craig R. K.* The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. *Tulane Law Review*. 2005. Vol. LXXIX. No. 4. Pp. 955, 1037. Крэйг утверждает: «Принимая “аконтекстуальное” текстуалистское прочтение таких статутов — прочтение стороннего “обычного человека”, холодно относящегося к последним законодательным актам, — строгий подход, основанный на простом значении, игнорирует диалогическое измерение статута, развивающиеся и эволюционирующие значения, принятые соответствующей субкультурой, что позволяет судьям, использующим этот подход, использовать текстовые неточности и исторические термины, чтобы навязать свой собственный смысл языку статута».

<sup>132</sup> *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. (Автор рассуждает о том, как судьи обычно не следуют законодательной истории, если она не поддерживает нужный им результат, заявляя, что она «в целом неубедительна».)

<sup>133</sup> *Eskridge W. N.* The New Textualism. *UCLA Law Review*, 1990. Vol. XXVII. Pp. 621, 647–648. (Автор прослеживает формалистический аргумент Холмса о том, что «суды никогда не должны упускать из виду текст, который формально является всем тем, что Конгресс принимает в качестве закона».)

<sup>134</sup> *Greene A. S.* The Missing Step of Textualism. *Fordham Law Review*, 2006. Vol. LXXIV. Pp. 1913, 1917. (Автор утверждает, что строгий конструктивистский текстуализм, игнорирующий контекст, может привести к абсурдным результатам.)

<sup>135</sup> *Ibid.* (Описание подводных камней, связанных с использованием простого значения слов и игнорированием контекста при толковании законодательных норм.)

<sup>136</sup> *Ibid.* P. 1924–1925. (Автор представляет аргумент текстуалистов о том, что судьи могли бы использовать телеологический подход для изменения формулировок закона в соответствии со своими взглядами.)

<sup>137</sup> *Sullivan K. M.* The Justice of Rules and Standards. P. 80. (Автор цитирует дело *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1000 (1992)).

<sup>138</sup> См.: *Craig R. K.* The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. P. 1037. (Автор утверждает, что текстуалистский подход игнорирует «развивающиеся и эволюционирующие значения, принятые в соответствующей субкультуре».)

<sup>139</sup> *Planned Parenthood*, 505 U.S. 866.

<sup>140</sup> *Sullivan K. M.* The Justice of Rules and Standards. P. 80.

<sup>141</sup> *Schauer F.* Formalism. *Yale Law Journal*, 1988. Vol. XCVII. Pp. 509, 528.

<sup>142</sup> *Ibid.*

Они вписаны в позитивное право как формы толкования и разработки, а также правовой аргументации. Они институционализированы в праве как те самые формы, в рамках которых создается и обрабатывается право и его якобы авторитетные искусственные формы (доктрины, принципы, политика и ценности). И они укоренились уже не просто как идеи, но как когнитивные и социальные практики юристов, судей, правоведов и различных должностных лиц.

## V. ОБОЗНАЧАЯ ЛОГИКУ КОЛЛАПСА

Когда какой-либо спор в юридической мысли «кажется мертвым», то есть предсказуемым, повторяющимся и утомительным, это может быть признаком того, что он стал ритуализованным и что, вопреки представлениям, он больше не управляет своим мнимым предметом. Он превращается в церемонию.

Конечно, можно предположить, что это справедливо и в отношении дебатов о соотношении реализма и формализма. Действительно, по мере того как человек привыкает распознавать споры между формализмом и реализмом и их локализованные варианты, два понимания становятся всё более неотразимыми. Одно из открытий заключается в том, что версии спора и его локализованные варианты распространены повсеместно. Споры, кажется, возникают повсюду. И не только в юриспруденции, но и во всех аспектах жизни, гуманитарных и социальных науках<sup>143</sup>. Второе открытие, возможно, вытекающее из первого, заключается в том, что в спорах и их локализованных вариантах есть своего рода «плавающее качество». Начинаешь видеть, что существует определенная драма формы, повторяющаяся повсюду, и что она имеет определенный шаблонный характер, который иногда кажется устрашающе оторванным (или отделяемым) от основных проблем или конкретного контекста. Может возникнуть впечатление, что драма формы просто накладывается, переводится в предметные проблемы. Это начинает казаться беспричинным. Действительно, даже начинает казаться, что можно взять практически любое противоречие в культуре или праве и легко трансформировать его в спор между формализмом и реализмом или в один из его локализованных вариантов.

У всего этого аура тщательно продуманной игры. Если мы хотим найти свой путь в спорах о формализме и реализме, то важно иметь возможность ощутить их пустоту, их бессмысленный характер. В этом разделе мы исследуем ходы, с помощью которых разрушается убедительность споров между формализмом и реализмом. Утверждение здесь заключается в том, что, несмотря на все усилия по разрешению этих споров со ссылкой на нормативные и юридические достоинства, такие как эффективность, гласность, порождение гармонии, верховенство права, справедливость, снижение транзакционных издержек, процветание человека и т. д., аргументы часто основываются на одном или нескольких критических ходах:

Рекурсивность  
Поверхностность  
Индивидуация  
Смещение

Иногда человек может использовать их сознательно (в этом случае ходы кажутся тактикой). Иногда они просто имеют место (в этом случае они ощущаются как переживания).

<sup>143</sup> Действительно, вклад традиции разделения на формализм и реализм выходит далеко за рамки права. Как сказал Уильям Джемс, великий американский прагматик: «В манерах мы находим формалистов и свободных и легких людей. В правительстве — авторитаристов и анархистов. В литературе — пуристов, академиков и реалистов. В искусстве — классиков и романтиков. Вы узнаете эти контрасты как знакомые. Так вот, в философии мы имеем очень похожий контраст, выраженный в паре терминов — „рационалист“ и „эмпирик“. „Эмпирик“ — любитель фактов во всем их грубом многообразии, „рационалист“ — приверженец абстрактных и вечных принципов. Никто не может прожить и часа без фактов и принципов, так что это скорее разница в акцентах, но она порождает антипатию самого острого характера между теми, кто по-разному ставит акценты, и мы обнаружим, что чрезвычайно удобно выражать определенный контраст в способах восприятия людьми своей вселенной, говоря об „эмпирическом“ и „рационалистическом“ нравах. Эти термины делают контраст простым и массовым».

*James W. Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking.* New York: Longmans, Green, and Co, 1907. Pp. 9, 12. (Описание различных характеристик рационализма и эмпиризма.)

Эти ходы в некотором смысле являются кратчайшим путем к разрушению аргументов о пороках и добродетелях в отношении локализованных вариантов спора. Они показывают пути освобождения из тисков споров об относительных пороках и добродетелях норм и стандартов, формальных и содержательных ценностей, текстуализма и телеологического толкования.

Однако есть три предостережения... Во-первых, ни один из этих ходов ни в коем случае не является убедительным аргументом. Кажется ли, что спор между формализмом и реализмом разваливается под давлением одного из них, зависит от контекста. Во-вторых, ни один из ходов не направлен на то, чтобы показать, что аргументы, составляющие споры между формализмом и реализмом, или вытекающий из них выбор, не имеют последствий. Скорее, утверждение заключается в том, что последствия не обязательно будут соответствовать тому, что заявлено. В-третьих, эти ходы не обязательно приводят к прекращению споров между формализмом и реализмом в любом контексте. Часто сохраняется ощущение, что спор между формализмом и реализмом имеет огромное значение в каком-то заданном контексте. Когда такое происходит (а такое происходит), причина либо в том, что спор действительно имеет значение, либо в том, что исследователь слишком вовлечен.

Ниже я попытался проиллюстрировать ходы случайным набором примеров из различных локализованных вариантов. Но, пожалуйста, имейте в виду: каждый из приемов — рекурсивность, поверхностность, индивидуализация и смещение — может быть использован во всех вариантах споров о формализме и реализме.

## А. Рекурсивность

Рекурсивность подразумевает, что прежде чем человек решит, быть ли ему реалистом или формалистом, отдать предпочтение норме или стандарту, придерживаться текста или сверяться с целями, он уже заранее представляет сцену, действующих лиц, действие, цели и ценности реалистическим или формалистическим способом. Даже когда человек формулирует проблему, вопрос или дилемму — он всегда заранее сталкивается с той самой драмой формы, которую пытается разрешить или объяснить, и разыгрывает ее.

Это легко можно увидеть в заслуженно известных делах *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman* и *Pokora v. Wabash Railway Co.* — дела из серии «остановись, посмотри и послушай», которые рассматривались судьями Холмсом и Кардозо соответственно<sup>144</sup>. По существу, речь шла о стандарте осторожности, предъявляемом к водителям при подъезде к неохраняемому железнодорожному переезду. Холмс выступал за норму «остановись и посмотри». Кардозо выступал за стандарт должной осторожности. Оба предложили несколько относительно стилизованных аргументов в пользу норм и стандартов. Но что наиболее интересно, когда смотришь на мнения (и это подтверждается изложением фактических описаний), так это то, что Холмс и Кардозо имели дело с совершенно разными представлениями о железнодорожных переездах.

По мнению Холмса, железнодорожные переезды в целом выглядят одинаково, ставят одни и те же дилеммы и, таким образом, требуют установления нормы. Подумайте о том, что говорит Холмс в обоснование предложенной нормы. Он объясняет, что, когда человек идет по железнодорожному полотну, он знает, что он умрет, если придет поезд. Он знает (и теперь решающая часть!), что «он должен останавливаться ради поезда, а не поезд останавливаться ради него»<sup>145</sup>. Здесь Холмс эффектно характеризует оперативные факты, касающиеся водителей, проезжающих через неохраняемые железнодорожные переезды. Что это за факты? Это обобщенные факты, вменяемые, по-видимому, всем водителям: *водитель знает, что он должен останавливаться, чтобы пропустить поезд, а не поезд останавливаться для него*. Теперь если таковы оперативные факты (не только в этом случае, но и во всех случаях пересечения железной дороги), тогда, конечно, ответственность лежит на водителе, и, конечно, имеет смысл ввести норму типа «остановись и посмотри». Действительно, уместность нормы такой формы уже была пре-

<sup>144</sup> *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman*, 275 U.S. 66 (1927); *Pokora v. Wabash Railway Co.*, 292 U.S. 98 (1934).

<sup>145</sup> *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodman Co.*, 275 U.S. 70.

образована в описании Холмсом оперативных фактов, то есть соответствующего контекста, а именно: осведомленности водителей, как правило, при подъезде к железнодорожным переездам<sup>146</sup>. Холмс был немного формалистом в своем описании фактической обстановки<sup>147</sup>.

Что касается стандарта Кардозо, то он уже риторически предвосхищен в его изложении фактов. Для Кардозо обязательства по пересечению железной дороги не имеют ничего общего с тем, что водители знают в целом, и всё это связано с кажущимся разнообразным физическим расположением железнодорожных переездов и широко варьирующимися рисками и выгодами от возможных мер предосторожности, которые могли бы предпринять водители. Этот момент продемонстрирован в достаточно пространном изложении Кардозо различных сценариев пересечения железной дороги<sup>148</sup>. Взгляд Кардозо на железнодорожные переезды стандартен: он фокусируется на особом, специфическом и разнообразном (вот почему его перечисление возможных фактических операций является соответственно продолжительным). Его описание эффективно подготавливает читателя к выводу о том, что разумная предосторожность со стороны водителя на железнодорожном переезде потребует ряда различных форм поведения в зависимости от различных обстоятельств.

Обратите внимание на то, что сделали Холмс и Кардозо. Их позиции в пользу норм и в пользу стандартов, соответственно, уже были предвосхищены на уровне доказательных и оперативных фактов. Можно сказать, что у Холмса типичное для сторонника норм видение несчастных случаев на железнодорожных переездах, в то время как у Кардозо оно типичное для сторонника стандартов<sup>149</sup>.

Всё это является расширенной иллюстрацией рекурсивности в контексте спора норм и стандартов. Уместность норм и стандартов на железнодорожных переездах уже была проиллюстрирована

<sup>146</sup> Есть и другие варианты объяснения решения Холмса. Я упомяну об одном из них хотя бы потому, что он представляет собой интересный взгляд на дело. Оказывается, не было доказательств того, смотрел ли машинист Гудман на переезд на самом деле или нет. В таких случаях бремя доказывания того, что машинист не смотрел, должно лежать на железной дороге-ответчике. По крайней мере, именно на это правило ссылался суд первой инстанции при рассмотрении дела *Balt. & Ohio R.R. Co. v. Goodman*, 10 F.2d 58, 59 (1926). В другом деле (*Beckham v. Hines*, 279 F. 241, 243 (1922)) Апелляционный суд сказал: «В отсутствие удовлетворительных доказательств обратного со стороны очевидцев, закон презюмирует, что погибший смотрел и слушал перед тем, как перейти дорогу». См.: *Beckham*, 279 F., 243. Принятие Холмсом правила «остановись и посмотри», требующего подтверждения того, что водитель смотрел, таким образом, выглядит как доказательственный гамбит в пользу обвиняемого и железной дороги.

<sup>147</sup> Другой способ охарактеризовать точку зрения Холмса заключается в том, что он имеет в виду совершенно иной фактический контекст — не столько железнодорожные переезды, сколько суды, выносящие решения по этим авариям на железнодорожных переездах.

<sup>148</sup> Таким образом, Кардозо представляет собой явно барочное (читай: стандартное) видение железнодорожных переездов (и того, что они могут требовать от водителей в плане мер безопасности). Стандарты благоразумного поведения иногда провозглашаются судами, но они заимствованы из фактов жизни. Выйти из машины и осмотреться — нередкая мера предосторожности, о чем нам говорит повседневный опыт. Кроме того, что она нередка, она с большой вероятностью может оказаться бесполезной, а иногда и опасной. Если водитель покидает автомобиль при приближении к повороту, то, выйдя из авто, он ничего не узнает об опасности, скрывающихся за поворотом. К тому времени когда он вернется на свое место и приведет машину в движение, скрытый поезд может уже настигнуть его. Часто дополнительная защита оказывается сомнительной, даже если путь оказывается прямым, как, например, в случае со станцией, расположенной в пяти кварталах к северу. Поезд, движущийся со скоростью тридцать миль в час, преодолевает четверть мили за тридцать секунд. Таким образом, он может появиться из темноты, когда водитель поворачивается спиной и возвращается к своему автомобилю, а затем внезапно обрушится на него, когда автомобиль окажется на рельсах. Вместо того чтобы помогать себе, выходя из авто, водителю лучше было бы продолжать двигаться вперед, сохраняя бдительность.

Так и поезд на соседней станции, внешне спокойный и безобидный, за несколько секунд может превратиться в орудие разрушения. В некоторых случаях путь к безопасности может быть иным. Можно считать, что дорожное полотно настолько ровное и беспрепятственное, что съезд с него будет выигранным. Но и в этом случае баланс преимуществ зависит от многих обстоятельств и может быть легко нарушен. Где Покора должен был оставить свой грузовик, выйдя на разведку? Если бы он оставил его на стрелочном переводе, то существовала вероятность того, что вагоны с ящиками обрушились бы на него прежде, чем он успел бы занять свое место. Ответчик не показал, находился ли локомотив на переднем конце, или вагонов было так мало, что локомотив можно было увидеть. Если бы он оставил свое транспортное средство у обочины, то были бы еще более веские основания полагать, что пространство, которое придется преодолевать при движении туда и обратно, сделает его наблюдения бесполезными. Необходимо помнить, что пока путешественник смотрит в одну сторону, с другой стороны может приближаться поезд или свободный локомотив.

Подобные иллюстрации свидетельствуют о необходимости осторожности при выработке норм поведения, равнозначных нормам права. Эта необходимость тем более настоятельна, что отсутствует опыт, на основе которого возникли эти нормы. Тогда они являются не естественным развитием поведения в его привычных формах, а искусственно разработанными, навязанными извне правилами. Экстраординарные ситуации не могут быть разумно или справедливо подвергнуты проверке или регламентации, которые подходят для обыденных или нормальных. В отсутствие руководства по общепринятому поведению решение отдается на суд присяжных.

<sup>149</sup> Они не представляют себе одни и те же перекрестки. Холмс думает о том, что известно водителю. Кардозо размышляет о разнообразии мер предосторожности, которые могут быть разумными, учитывая широкий спектр различных ситуаций на железнодорожных переездах. И каждый из них уже размышляет о фактах, относящихся к делу, о контексте таким образом, что это приведет, соответственно, к норме или стандарту.

Конечно, можно предположить, что историческая реальность была обратной. Возможно, Холмс был нацелен на правило, а Кардозо — на стандарт, и каждый из них читал факты, контекст, чтобы достичь желаемого результата. А может быть, каждый из них мыслил диалектически.

в описании фактов (железнодорожный переезд, осведомленность водителя) и транзакционных вызовов (опасное столкновение поезда/автомобиля)<sup>150</sup>.

Такого же рода рекурсивность наблюдается при противопоставлении формализма реализму и другим его локализованным вариантам. Дело в том, что любая попытка разрешить спор между формализмом и реализмом ссылками на фактическую обстановку терпит неудачу, поскольку мы попадаем в ловушку рекурсивной цикличности. Формализм оказывается уместным в подходяще охарактеризованных формалистических обстоятельствах. Реализм оказывается уместным в подходяще охарактеризованных реалистических обстоятельствах. Это, конечно, не является ни разрешением, ни объяснением.

Рекурсивность опровергает определенную наивную концепцию соотношения права и фактов. В наивном правосознании человек «применяет право к фактам», как если бы восприятие фактов было независимым от права, которое он якобы применяет. Рекурсивность — это наблюдение за тем, что те же самые или сходные формы, которые придают форму закону, также придают форму фактам. В той мере, в какой и право, и факты конструируются или воспринимаются с помощью одной и той же формы (например, правильности или стандартности), они будут иметь предсказуемую тенденцию соответствовать друг другу.

## В. Поверхность

Поверхность можно было бы рассматривать как разновидность рекурсивности — за исключением того, что вместо отношения «право — ситуация» она относится к отношению «право — цель». Это ощущение поверхности может с некоторой частотой возникать в спорах между формализмом и реализмом.

Например, мы говорим, что формализм хорош, потому что он служит добродетелям «верховенства права». На первый взгляд, это утверждение кажется правдоподобно правильным. Но затем, в следующий момент, человек понимает, что это правдоподобие зависит от предшествующего построения или понимания «добродетелей верховенства права» в рамках формалистической эстетики. Другими словами, мы уже охарактеризовали «добродетели верховенства права» в образе формализма. Как только это осознается, сразу же возникает ощущение поверхности: формализм хорош, потому что он служит тем правовым добродетелям, которым служит формализм. Хм-м...

Или вместо этого придерживайтесь реалистической точки зрения. Реализм хорош тем, что позволяет нам учитывать контекст. Сначала мы соглашаемся. Но затем мы понимаем, что учет контекста — это именно то, что мы подразумеваем под реализмом. Сразу же возникает ощущение поверхности: контекстуализм хорош тем, что он учитывает контекст. Верно...

Это ощущение поверхности часто опережается ощущением, что данный аргумент — это немногим больше, чем слова, перемещаемые по странице (без учета их предполагаемых референтов). Никто сразу не замечает пустоту, потому что аргументы поступают в суд (или в редакцию юридического журнала) с, казалось бы, более интересной пояснительной или нормативной структурой — возможно, структурой, подобной приведенной ниже цитате. Действительно, прочтите следующий отрывок, согласитесь с его утверждениями (вы должны), примите к сведению его скромную эвристическую ценность, а затем ощутите пустоту (то есть нормы хороши, когда нормы хороши).

Цитата: «Наш подход здесь предполагает, что невозможно разрешить этот спор абстрактно. Когда предсказуемость особенно важна и когда необходимо принять множество решений, аргументы в пользу принятия решений, основанных на правилах, значительно усиливаются. И когда судьи располагают информацией и возможностями для выработки достойных правил, у них есть веские основания пытаться делать именно это. Но если судьям не хватает такой информации и таких возможностей, они могут раз-

<sup>150</sup> Это не означает, что от изложения фактов Холмсом нельзя перейти к стандарту или от описания фактов Кардозо — к норме. Логически ничто не препятствует такому результату. Но это также не имеет отношения к делу, которое заключается в том, что привлекательность формализма/норм/текстуализма и реализма/стандартов/контекстуализма уже превосхищена и префигурирована (отсюда рекурсивность) в описании фактов (железнодорожный переезд) и транзакционной дилеммы (столкновение поезда и автомобиля).

умно ограничить свои решения конкретными фактами из опасения, что решения с более общим смыслом будут иметь плачевные систематические последствия и окажутся слишком грубыми для рассмотрения ситуаций, которые еще не являются предметом обсуждения и аргументации»<sup>151</sup>.

И какой именно вклад это вносит в наши знания? Правила хороши, когда судьи располагают достаточной информацией для разработки хороших правил? И когда судьям не хватает такой хорошей информации, они должны использовать стандарты?

### С. Индивидуация (Individuation)

Как и в других научных обзорах, в этой статье используются относительно простые примеры, чтобы донести свою точку зрения (например, правило «остановись, посмотри и послушай»). Другие классические примеры из более широкой литературы включают такие нормы, как «не превышайте скорость более 55 миль в час», «следуйте прямому смыслу текста», «никаких транспортных средств в парке» и т. д.

Большое достоинство таких простых гипотетических примеров заключается в том, что они легко иллюстрируют более теоретические моменты. Но есть и большой недостаток. Он заключается в том, что простые гипотезы выдвигают часто незаметное и довольно противоречивое предположение (назовем это атомизмом), что более сложные явления являются просто более сложными и продуманными версиями простых. Очевидно, что это неверно — ни в отношении языка, познания, жизни, ни, как мы увидим, права<sup>152</sup>.

Это подводит нас к индивидуации. Простые примеры, использованные в этой и других статьях, предвосхищают споры о формализме и реализме и их локализованных вариантах, выявляя дискретные и простые гипотезы. Простота приятна и всё такое, и это, безусловно, помогает кратко изложить суть. Но в контексте права не очевидно, что такого рода простота является полезной отправной точкой. Рассмотрим в качестве примера знаменитую гипотезу Харта — Фуллера о постановлении, запрещающем использование транспортных средств в парке<sup>153</sup>. В нем между Хартом и Фуллером правовая дискуссия была частично сосредоточена на том, имеет ли термин «транспортное средство» ядро устоявшегося значения, стандартных случаев (точка зрения Харта), или нужно ли было читать постановление в целом в свете его целей (точка зрения Фуллера)<sup>154</sup>.

Сформулированный таким образом, спор носит юридический характер. Речь также идет о надлежащей единице толкования. Мы говорим о значении «транспортное средство» или «никаких транспортных средств в парке»? Это вопрос индивидуации. Но даже эта версия спора значительно упрощает проблему, потому что, на первый взгляд, наша проблема состоит в том, чтобы выяснить, в чем смысл веления, которое запрещает | транспортные средства | в парке | в постановлении, | которое интерпретируется | предположительно судом | после Второй мировой войны | в англо-американской судебной системе, | как ее представлял себе ученый-юрист, писавший около 1958 г. | для журнала *American Law Review*<sup>155</sup>.

Если принимать во внимание этот изначально широкий взгляд на обмен аргументов Харта — Фуллера, возникает вопрос: что является надлежащим объектом нашего юридического внимания? Что именно мы здесь толкуем или должны толковать<sup>156</sup>? Ответ (и здесь он не предназначен для того, чтобы быть полезным) заключается в том, что текст может быть отрезан от своего контекста в любой из точек,

<sup>151</sup> Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*. Michigan Law Review, 2003. Vol. Cl. Pp. 885, 948.

<sup>152</sup> Для всестороннего развития этой точки зрения, см.: Winter S. *A Clearing in The Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 426 p. (Автор обсуждает идею того, что разум — это продукт динамичных социальных ценностей, которые вносят свой вклад в право конкретными и предсказуемыми способами.) В контексте языка и познания, см.: Lakoff G., Johnson M. *Philosophy in the Flesh*. New York: Basic Books, 1990. 603 p.

<sup>153</sup> Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136; Фуллер Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту. Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.

<sup>154</sup> Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали.

<sup>155</sup> См.: Schlag P. *Hiding the Ball*. Pp. 1688–1692. (Автор описывает институциональные, практические и юриспруденциальные ориентации правоприменителя при чтении конституционного текста.); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*. (Авторы подчеркивают важность институционального контекста при выборе методологии толкования.)

<sup>156</sup> Обратите внимание, что объект рассмотрения только что был сведен к тексту (несколько более узкой категории).

отмеченных прямыми линиями выше<sup>157</sup>. И дело в том, что это не только разные тексты, но, будучи разными текстами, они имеют разные значения и по-разному соотносятся со своими разными контекстами.

В этом, таким образом, и заключается проблема индивидуации. Это то, что опровергает достоинства так называемого текстуализма. Действительно, достоинства, обычно ассоциируемые с текстуализмом — фиксированность, сдержанность, публичность, — всё это исчезает, когда человек осознает, что простота предписания «следуйте простому смыслу текста» исчезает при дальнейшем исследовании. Текст? Какой текст? О чем ты говоришь?<sup>158</sup>

То же самое верно и в отношении телеологического подхода. Формулировка правдоподобной цели права в решающей степени зависит от индивидуации, которая создает закон, подлежащий толкованию. Например, определение цели защиты свободы слова Первой поправкой Конституции США варьируется в зависимости от того, следует ли интерпретировать свободу слова в свете других свобод Первой поправки, всего Билля о правах или политических теорий или предписаний, лежащих в основе Конституции (и многого другого). Цель — это функция, помимо прочего, индивидуации — точно так же, как контекст является функцией текста (и наоборот). Из этого следует, что, поскольку в своих интересных аспектах (необходимая защита) индивидуации права не полностью формализованы, мнимые достоинства телеологического толкования (ситуативность, контекстно-зависимое значение и разумность) основываются на головокружительном множестве возможных контекстов. Контекст? Какой контекст? О чем вы говорите?

Приведенный выше анализ не только предполагает, что нам нужно обратить внимание на предполагаемые индивидуации (коллективные и индивидуальные), но и ведет в другом, более тревожном направлении, к вопросу о том, возможна ли индивидуация вообще или она равносильна попытке провести линии на воде<sup>159</sup>. Так, например, первостепенный вопрос, который следует задать текстуализму, заключается не в том, хорошая ли эта идея, а в том, возможна ли она или даже понятна ли<sup>160</sup>.

## D. Смещение

Обсуждения споров о формализме и реализме и локализованных вариантах обычно происходят в очень абстрактных условиях (статьи в юридических журналах) и с очень абстрактными законодательными указаниями (гипотетические положения, такие как «не двигайтесь быстрее, чем безопасно» или «не превышайте 55 миль в час»). Абстрагирование обычно приводит к своего рода туннельной перспективе, в которой локализованный субъект изолирован от остальной правовой сферы, и последствия выбора (например, формальная ценность против фактической, норма против стандарта) за пределами изолированного локального субъекта игнорируются. Но мы знаем, по крайней мере, со времени новаторской статьи Коуза (и, вероятно, раньше), что выбор закона-велеия будет иметь системные последствия, выходящие за рамки локальной ситуации, выделенной для анализа<sup>161</sup>.

Мы можем ожидать, что выбор в пользу материальной нормы в данной области приведет к появлению смягчающего стандарта на уровне доказательств. Аналогичным образом можно было бы ожидать, например, что принятие материального стандарта приведет к подобному правилу разграничения сферы его действия.

Здесь мы можем сформулировать некоторые эмпирические правила. Следовательно, можно ожидать, что правила, действующие в изолированной локальной области, приведут к компенсационным стандартам в непосредственной близости (эффект смещения). Стандарты в изолированной локальной

<sup>157</sup> ...И конечно, многими другими. Эти разделения — только мои категории. Можно придумать множество других способов деления текста.

<sup>158</sup> См.: *Schlag P. Hiding the Ball*. Pp. 1683–1686.

<sup>159</sup> См. об этом: *Schlag P. The Dedifferentiation Problem*. P. 47.

<sup>160</sup> *Manning J. Textualism and Legislative Intent*. *Virginia Law Review*, 2005. Vol. CXI. Pp. 419, 420. Найти привлекательное и в то же время верное определение текстуализма — задача не из легких. Рассмотрим приведенное ниже определение и обратим внимание на то, как последняя фраза фактически уничтожает смысл первой части предложения: «Текстуализм не допускает простого определения, но на практике ассоциируется с основным положением о том, что судьи должны искать и придерживаться публичного смысла принятого текста, понимаемого в контексте (как и все тексты)».

<sup>161</sup> *Schlag P. The Problem of Transaction Costs*. *Southern California Law Review*, 1989. Vol. LXII. P. 1661. Эффект петель обратной связи — важная часть атаки Коуза на пугиванский анализ внешних эффектов; *Ibid* (обсуждение статьи Коуза (*Coase R. The Problem of Social Cost*)).

области, скорее всего, приведут к компенсирующим правилам в непосредственной близости (эффект смещения). Можно было бы ожидать, что эффект вытеснения и вытекающая из него компенсация будут происходить по некоторым очень традиционным направлениям:

- Бремя убеждения.
- Определение сферы действия.
- Требования к доказательствам.
- Применение процессуального механизма.

Ключевым моментом, касающимся эффекта смещения, является то, что, когда он происходит (а мы ожидаем, что он когда-нибудь произойдет), он искажает приписывание традиционных добродетелей и пороков локализованным вариантам пар. Почему? Потому что кажущиеся достижения классических добродетелей и связанные с ними пороки эффективно ослабляются или даже сводятся на нет эффектом вытеснения — наличием компенсаторных директив.

Эта компенсация может произойти из-за того, что выбранный подход (например, стандарт) генерирует информацию, приводящую к внешним попыткам компенсировать избыток<sup>162</sup>. Или компенсация происходит потому, что лица, принимающие решения, изначально осознают необходимость отсрочки. В любом случае суть остается в том, что большая часть классических пороков и добродетелей, приписываемых формалистическим и реалистическим течениям в спорах, зависит от определенного узкого видения (которое очень характерно для микроперспективы мышления в области общего права).

В результате то, проявляет ли веление, подход к толкованию или ценность свои характерные добродетели или пороки, зависит не просто от изучения этого веления, подхода к толкованию или ценности, но и от соответствующего юридического окружения, в которое они встроены<sup>163</sup>.

## Е. Резюме

Рекурсивность, поверхностность, индивидуация и смещение — вот некоторые из основных критических ходов, на которых зиждутся споры между формализмом и реализмом и их локализованными вариантами. Применение этих мер может эффективно привести к прекращению споров. Однако будут ли эти шаги казаться риторически убедительными в данном контексте — это другой вопрос.

## VI. ВЫВОД

На данный момент кажется, что споры о формализме и реализме никуда не денутся. Те или иные версии споров были с нами в более или менее ослабленных формах на протяжении веков — возможно, тысячелетий. В американском праве мы находимся на определенной стадии — той, на которой споры демонстрируют все признаки того, что они активно ведутся, но при этом сильно перегружены и всё же не приводят к окончательным результатам.

Описанная здесь логика коллапса — рекурсивность, поверхностность, индивидуализация и вытеснение — помогает нам выйти за рамки этого странного положения дел. Она помогает показать, что стилизованные споры не всегда так важны, как мы думаем. Сопутствующие им аргументы далеко не так насущны или значимы, как могло показаться на первый взгляд.

Другими словами, вполне возможно, что в настоящее время мы не можем выйти за рамки споров о формализме и реализме в нашем позитивном праве. Но это необязательно должно диктовать наши предпочтения в отношении этих споров. Что привлекательно в критических шагах, так это то, что они позволяют нам признать, что эти споры находятся в руинах. Затем мы можем обратить наше внимание (даже если право не наше) на другие вопросы.

<sup>162</sup> См.: *Johnston S. Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form.* Cornell Law Review, 1991. Vol. LXXVI. Pp. 341, 361–362. (Утверждение о том, что нормы и стандарты имеют тенденцию со временем давать информацию, показывающую их неадекватность, что приводит к их замене противоположными.)

<sup>163</sup> В этом отношении Санстейн и Вермюле совершенно правы, обращая внимание на институциональный контекст (см.: *Sunstein, C. R., Vermeule, A. (2003) Interpretation and Institutions.* P. 866. Солум, в свою очередь, совершенно прав, указывая на то, что институциональный контекст требует сосредоточения внимания на достоинствах судей и судейства (см.: *Solum L. B. The Aretaic Turn in Constitutional Theory.* Pp. 522–523).

Что, возможно, более важно, так это признание того, что в разгар этих споров важна именно риторическая работа, разоблачаемая критическими ходами — рекурсивность, поверхностность, индивидуация, смещение и, в конечном счете, коллапс. Именно так достигается создание крепкой структуры права.

### Литература/References

1. Aleinikoff, A. (1987) Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, vol. XCVI.
2. Alexander, L., Sherwin, E. (2001) The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. *Duke University Press*, 288 p.
3. Alexander, L. (1990) With Me, It's All Er Nuthin': Formalism in Law and Morality. *University of Chicago Law Review*, vol. LXVI.
4. Allison, H. E. (2003) Federalism and Formalism. *The William and Mary Bill of Rights journal*, vol. XI, no. 3, pp. 1191–1237.
5. Berlin, I. (1998) Two Concepts of Liberty. The Proper Study of Mankind. *Pimlico*, pp. 191, 203–206.
6. Bobbitt, Ph. (1982) Constitutional fate: theory of the Constitution. *Oxford University Press*, pp. 3–122. DOI: <https://doi.org/10.2307/1957275>
7. Bork, R. H. (1971) Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, vol. XLVII. DOI: <https://doi.org/10.1080/10811680.2020.1766877>
8. Bork, R. H. (1990) The Tempting of America. *Free Press*, pp. 143–160.
9. Breyer, S. (2006) Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution. *Vintage Books*.
10. Chemerinsky, E. (1997) Formalism and Functionalism in Federalism Analysis. *Georgia State University Law Review*, vol. XIII.
11. Coase, R. (1960) The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. III. Pp. 1–44.
12. Cohen, F. S. (1950) Field Theory and Judicial Logic. *Yale Law Journal*, vol. LIX.
13. Cohen, F. S. (1935) Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, no. 6. DOI: 10.2307/1116300
14. Cox, P. (2003) An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism. *Indiana Law Review*, vol. XXXVI.
15. Craig, R. K. (2005) The Stevens/Scalia Principle and Why It Matters: Statutory Conversations and a Cultural Critical Critique of the Strict Plain Meaning Approach. *Tulane Law Review*, vol. LXXIX, no. 4.
16. D'Amato, A. (1991) Counterintuitive Consequences of "Plain Meaning". *Arizona Law Review*, vol. XXXIII.
17. Dvorkin, R. (2021) Empire of Law. Gaidar Institute Publishing. 592 p. (Дворкин Р. Империя права. М.: Издательство Института Гайдара, 2021. 592 с.)
18. Epstein, R. A. (1995) Simple Rules for a Complex World. *Harvard University Press*. DOI: 10.1017/S000819730009783X
19. Epstein, R. (1995) The Harms and Benefits of Nollan and Dolan. *Northern Illinois Law Review*, vol. XV, p. 479.
20. Eskridge, W. N. Jr. (1987) Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. CXXXV, pp. 1479–1555.
21. Eskridge, W. N. (1994) Dynamic Statutory Interpretation. Pp. 1483–1484.
22. Eskridge, W. N. Jr., Frickey, Ph. P. (1990) Statutory Interpretation as Practical Reasoning. *Stanford Law Review*, vol. XLII, pp. 321–384.
23. Eskridge, W. N. Jr. (1990) The New Textualism. *UCLA Law Review*, vol. XXVII, pp. 621–691.
24. Farber, D., Sherry, S. (2002) Desperately Seeking Certainty: the misguided quest for constitutional foundations. *University of Chicago Press*. 222 p.
25. Fenster, M. (2004) Takings Formalism and Regulatory Formulas: Exaction and the Consequences of Clarity. *California Law Review*, vol. XCII.
26. Frank, J. (1932) What Courts Do in Fact. *Illinois Law Review*, vol. XXVI.
27. Frantz, L. B. (1963) Is the First Amendment Law? A Reply to Professor Mendelson. *California Law Review*, vol. LI, no. 4.
28. Frantz, L. B. (1962) The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, vol. LXXI.

29. Fuller, L. (2005) Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *The journal "Pravovedenie"*, no. 6 (263), pp. 124–159. (Фуллер, Л. Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 6 (263). С. 124–159. EDN: JZAUDR)
30. Fuller, L. (2007) *The Morality of Law*. Yale University Press. (Фуллер Л. Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2007. 308 с.)
31. Greene, A. S. (2006) The Missing Step of Textualism. *Fordham Law Review*, vol. LXXIV.
32. Grey, T. C. (1990) Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. *Southern California Law Review*, vol. LXIII.
33. Grey, T. C. (1989) Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*, vol. XLI.
34. Grey, T. C. (2003) Judicial Review and Legal Pragmatism. *Wake Forest Law Review*, vol. XXVIII.
35. Grey, T. C. (1983) Langdell's Orthodoxy. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. XLV.
36. Grey, T. C. (1999) The New Formalism. *Stanford Law School, Public Law & Legal Series*. Working Paper No. 4. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=200732](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=200732) (дата обращения: 01.01.2009).
37. Hale, R. (1923) Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State. *Political Science Quarterly*. Vol. XXXVIII. Pp. 470–494.
38. Hart, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593–629 (Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали. Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136).
39. Hayek, F. A. von (2011) *The Constitution of Liberty*. New Publishing House. (Хайек Ф. А. Конституция свободы. М.: Новое издательство, 2011).
40. Hohfeld, W. N. (1913) Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, vol. XXIII.
41. Horwitz, M. (1992) *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford University Press. 361 p.
42. James, W. (1907) Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking. *Longmans, Green, and Co.*
43. Johnston, S. (1991) Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form. *Cornell Law Review*, vol. LXXVI.
44. Kaplow, L. (1992) Rules Versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, vol. XLII, pp. 557–629.
45. Kelman, M. (1987) *A Guide to Critical Legal Studies*. Harvard University Press, 360 p.
46. Kennedy, D. (1976) Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, vol. 89. DOI: 10.2307/1340104
47. Kennedy, D. (2000) From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form". *Columbia Law Review*.
48. Kennedy, D. (2001) Legal Formalism. In: *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Elsevier, pp. 8634–8638. DOI: <https://doi.org/10.1016/B0-08-043076-7/02919-3>
49. Kennedy, D. (1993) *Sexy Dressing, etc.* Harvard University Press.
50. Kennedy, D. (2006) Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal. *Cambridge University Press*. Pp. 19–73. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.002>
51. Kennedy, D. (1980) Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought America. *Research in Law and Sociology*, vol. III, pp. 3–24.
52. Korobkin, R. B. (2000) Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. *Orlando Law Review*, vol. LXXIX.
53. Posner, E. A. (1997) Standards, Rules, and Social Norms. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. XXI.
54. Posner, R. (1990) *The Problem of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 42–53.
55. Lakoff, G., Johnson, M. (1990) *Philosophy in the Flesh*. Basic Books. 603 p.
56. Llewellyn, K. (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Aspen Law & Business. Pp. 36–38.
57. Llewellyn, K. N. (1935) On What Is Wrong with So-Called Legal Education. *Columbia Law Review*, vol. XXXV, no. 5.

58. Lyons, D. (1981) Legal Formalism and Instrumentalism: A Pathological Study. *Cornell Law Review*, vol. LXVI.
59. Maitland, F. (1936) The Forms of Action at Common Law. *Cambridge University Press*.
60. Manning, J. F. (1999) Constitutional Structure and Statutory Formalism. *University of Chicago Law Review*, vol. 66.
61. Manning, J. F. (1997) Textualism as a Nondelegation Doctrine. *Columbia Law Review*, vol. 97.
62. McDowell, A. (2007) Legal Fictions in *Pierson v. Post*. Vol. CV. P. 735
63. Mendelson, W. (1962) On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance. *California Law Review*, vol. L.
64. Mendelson, W. (1964) The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz. *Vanderbilt Law Review*, vol. XVII.
65. Nelson, C. (2005) What is Textualism? *Virginia Law Review*, vol. XCI.
66. Nussbaum, M. C. (2007) Foreword: Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism. *Harvard Law Review*, vol. CXXI.
67. Peppet, S. R. (2003) Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation. *Texas Law Review*, vol. LXXXII.
68. Pound, R. (1933) Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. *Tulane Law Review*, vol. VII.
69. Riles, A. (2005) A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities. *Buffalo Law Review*, vol. LIII, no. 3.
70. Rose, C. M. (1985) Possession as the Origin of Property. *University of Chicago Law Review*, vol. LII.
71. Rubin, E. L. (1992) Modern Statutes, Loose Canons and the Limits of Practical Reason: A Response to Farber and Ross. *Vanderbilt Law Review*, vol. XLV.
72. Scalia, A. (1997) A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. *Princeton University Press*.
73. Scalia, A. (1989) The Rule of Law and the Law of Rules. *University of Chicago Law Review*, vol. LVI.
74. Schauer, F. (1991) Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. *Clarendon Press*.
75. Schauer, F. (2009) Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. *Harvard University Press*.
76. Schlag, P. (2009) Spam jurisprudence, air law, and the rank anxiety of nothing happening. *Georgetown Law Journal*, no. 97, pp. 803–835 (*Шлаг П.* Спамовая юриспруденция, право из воздуха и беспокойство о рейтингах в связи с тем, что ничего не происходит // Правоведение. 2017. № 1 (330)).
77. Schlag, P. (1988) Cannibal Moves: An Essay on the Metamorphoses of the Legal Distinction. *Stanford Law Review*, vol. XL, no. 4.
78. Schlag, P. (1985) Rules and Standards. *Ucla Law Review*, vol. XXXIII, pp. 379–430.
79. Schlag, P. (2002) The Aesthetics of American Law. *Harvard Law Review*, vol. 115, University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 07-08. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=975805> (*Шлаг П.* Эстетики американского права / пер. с англ. Е. Самохиной. Российский ежегодник теории права, 2010. № 3. С. 112–180).
80. Schlag, P. (1996) Hiding the Ball. *New York University Law Review*, vol. 71.
81. Schlag, P. (2009) The De-Differentiation Problem. University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 07-09. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=975810>. DOI: 10.1007/s11007-009-9095-z
82. Schlag, P. (1989) The Problem of Transaction Costs. *Southern California Law Review*, vol. LXII.
83. Schmitt, C. (1922) Politische Theologie. *München und Leipzig Verlag von Duncker & Humbolt*. (*Шмумм К.* Политическая теология / пер. с нем. М.: Канон-пресс, 2000. 336 с.)
84. Senstein, C. R. (1986) Legal Interference with Private Preferences. *University of Chicago Law Review*, vol. LIII.
85. Shiffrin, S. (1983) The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1183.
86. Smith, H. (2003) Possession as the Origin of Property. *Stanford Law Review*, vol. LV.
87. Solum, L. B. (2004–2005) The Aretaic Turn in Constitutional Theory. *Brooklyn Law Review*, vol. LXX, no. 475, pp. 475–532.

88. Theory of the First Amendment. *Northwestern University Law Review*, 1983. Vol. LXXVIII. Pp. 1212, 1251–1255.
89. Sullivan, K. M. (1992) The Justice of Rules and Standards. *Harvard Law Review*, vol. CVI, no. 22.
90. Summers, R. S. (1982) Instrumentalism and American Legal Theory. *Cornell University Press*. 295 p.
91. Summers, R. S. (1981) Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use. *Cornell Law Review*, vol. LXVI, no. 864.
92. Sunstein, C. R., Vermeule, A. (2003) Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. CI. DOI: <https://doi.org/10.2307/1290510>
93. Tamanaha, B. Z. (2006) Law as a Means to an End. *Cambridge University Press*.
94. Tamanaha, B. Z. The Realism of the “Formalist” Age. St. John’s Legal Studies Research Paper No. 06-0073. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=985083](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985083) (дата обращения: 01.01.2009).
95. Thurman, W. A. (1935) The Symbols of Government. *New Haven: Yale University Press*.
96. Tribe, L. (1988) American constitutional law. *Foundation Press*.
97. Vermeule, A. (2000) Interpretive Choice. *New York University Review*, vol. LXXV, no. 74.
98. Waldron, J. (2000) Transcendental Nonsense and System in the Law. *Columbia Law Review*, vol. C, no. 16.
99. Weinrib, E. J. (1988) Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law. *The Yale Law Journal*, vol. 97, no. 6.
100. Weinberg, J. (1993) Broadcasting and Speech. *California Law Review*, vol. LXXXI.
101. Welsch, W. (1998) Undoing Aesthetics. *SAGE Publications*. 224 p.
102. West, R. (1901) Rights, Capabilities, and the Good Society. *Fordham Law Review*. Vol. LXIX.
103. Winter, S. (2001) A Clearing in The Forest: Law, Life, and Mind. *University of Chicago Press*. 426 p.