

СПОСОБЕН ЛИ РАЦИОНАЛЬНЫЙ ДИСКУРС ОБОСНОВАТЬ ЦЕННОСТНЫЙ ВЫБОР В ПРАВЕ?

С. А. БЕЛОВ*

Решение сложных конституционных проблем зачастую связано с ценностным выбором. Требования к судебным решениям, предъявляемые законодательством и правовой традицией, предполагают аргументацию такого выбора, которая должна носить рационально-логический характер. Однако еще в 1960-е гг. в трудах Х. Перельмана было обосновано, что рациональное объяснение ценностного выбора невозможно. Взамен Перельманом было предложено руководствоваться правилами аристотелевской риторики. Позднее этот подход был развит в трудах Ю. Хабермаса (а в правовой теории — Р. Алекси) в концепцию рационального дискурса. В настоящей статье подвергается критике эффективность рационального дискурса в качестве средства рационального обоснования ценностного выбора. Приводятся аргументы, демонстрирующие, что рациональный дискурс, воспринимаемый сегодня как основная парадигма конституционной аргументации, неприемлем в качестве инструмента такого обоснования.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: рациональный дискурс, конституционные ценности, юридическое обоснование, риторика в праве, судебная аргументация.

BELOV S. A. CAN RATIONAL DISCOURSE JUSTIFY VALUES CHOICE IN LAW?

The solution to complicated constitutional problems is often connected with the axiological choice. The requirements to judgements set out in legislation and in the legal tradition involve justification of such a choice which should be of a rational and logical nature. However, as early as in the 1960s Ch. Perelman in his works substantiated that the rational justification of the axiological choice is impossible. Instead Perelman proposed the justification constructed according to the rules of "Rhetoric" by Aristotle. This approach was later developed in the works of J. Habermas (and R. Alexy — in the legal theory) into the concept of a rational discourse. This article critically reviews the efficiency of the rational discourse as a means of rational justification of the axiological choice. The author argues that the rational discourse perceived today as a basic paradigm of the constitutional argumentation is unacceptable as an instrument of such justification.

KEYWORDS: rational discourse, constitutional values, judicial adjudication, rhetoric in law, judicial argumentation.

* Белов Сергей Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права СПбГУ.

Belov Sergey Aleksandrovich — candidate of legal sciences, associate professor of the Department of State and Administrative Law of the St. Petersburg State University.

E-mail: belov.s@jurfak.spb.ru

© Белов С. А., 2014

Сложные конституционные проблемы, с которыми приходится сталкиваться конституционным и верховным судам, зачастую предполагают необходимость разрешения конфликтов ценностей. Одним из примеров разрешения такого конфликта может быть широко обсуждавшееся Определение Конституционного Суда РФ по делу Константина Маркина от 15 января 2009 г. № 187-О-О.¹ В этом деле Конституционный Суд РФ не мог ограничиться только соотношением целей законодательного регулирования с выбранными законодателем средствами. Средства (ограничение права получить отпуск по уходу за ребенком для военнослужащих-мужчин) очевидно соответствовали цели — «необходимости создания условий для эффективной профессиональной деятельности военнослужащих, выполняющих долг по защите Отечества», а в конечном счете обеспечения обороноспособности страны и безопасности государства, поэтому суд должен был соотносить эту цель как конституционную ценность с ценностью защиты права военнослужащих мужчин на защиту частной жизни — права на воспитание своего ребенка. Фактически сопоставление этих ценностей и было осуществлено Конституционным Судом РФ исходя из иерархии таких ценностей: в признанной судом системе ценностей лишь право матери (исходя из ее особой роли в воспитании ребенка) может быть более весомо, нежели эффективность осуществления военнослужащими их профессиональных задач. Право отца на участие в воспитании ребенка в той же иерархии уступает ценности эффективной организации обороноспособности вооруженных сил.

Как правило, законодательство² и правовая традиция предписывают судам приводить мотивы и аргументы, обосновывающие итоговые выводы их решений. В результате для суда зачастую возникает необходимость обоснования того ценностного выбора, который он делает. Предполагается, что такое обоснование будет представлять собой рациональную аргументацию, а выводы должны быть основаны на логических операциях с нормами и принципами права. Федеральный конституционный суд ФРГ в известном решении по делу принцессы Савойской писал: «Судья должен воздерживаться от самоуправства (произвола), его решения должны опираться на рациональную аргументацию (*rationaler Argumentation*). Нужно иметь в виду, что писаное право не всегда выполняет свои функции, тогда как проблема прав тем не менее нуждается в решении. Решение судьи восполняет пробел между стандартами практической разумности и “хорошо обоснованными общими представлениями общества о справедливости”».³

Рациональное обоснование выбора между ценностями представляет собой серьезную не только практическую, но и философскую проблему. Поскольку ценностные суждения принципиально отличаются от асерторических, их обоснование в категориях истинности или ложности (классической рациональности картезианского типа) невозможно, на что одним из первых обратил внимание Х. Перельман.⁴ В обоснование такого вывода им было приведено сопоставление разных подходов к содержанию спра-

¹ Текст доступен на <http://www.ksrf.ru>.

² См., напр.: *Федеральный конституционный закон* от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», ст. 74 (СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447); *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 12. März 1951, Art. 30 (BGBl. I S. 243, 1473, 3463); *Zákon o Ústavním soudu České republiky* 16. června 1993, N 182/1993 Sb., § 54 (www.usoud.cz/zakon-o-ustavnim-soudu/) и др.

³ BVerfGE 34, 269 (287).

⁴ *Perelman Ch. Justice et raison*. Bruxelles, 1963.

ведливости, позволявших прийти к заключению о крайнем релятивизме суждений о справедливом.

Для решения обозначенной проблемы Х. Перельманом было найдено обоснование другого рода — обоснование риторическое, опирающееся на предложенную Аристотелем в «Топике» диалектическую логику. Суть этой логики заключалась в конструировании аргументации из изначальных посылок («общих мест»), не вдаваясь в вопрос об их истинности. Такие «общие места» устанавливались как результат согласия участников обсуждения. Придя к заключению об их признании, можно было на их основании строить дальнейшую аргументацию — применять эти исходные установления к более частным ситуациям.

Идеи Х. Перельмана были активно восприняты и развиты в европейской философии, в том числе применительно к обоснованию правовых решений путем разработки концепции дискурса (прежде всего Ю. Хабермасом⁵). По мнению сторонников применения в праве дискурсивной (риторической) рациональности, в отсутствие абсолютных оснований могут быть обнаружены менее универсальные и объективные, однако оттого не менее эффективные рациональные инструменты разрешения ценностных конфликтов.

Проанализировав различные подходы к способам познания (когнитивности) морали,⁶ Хабермас делает вывод, что специфика морали как социального явления заключается в необходимости каждого участника быть вовлеченным в установление моральных норм. Такое вовлечение предполагает рациональное воображение того, что личность «держит совет с самой собой относительно того, может ли практика, возникающая при соблюдении гипотетически рассматриваемой нормы, быть принята всеми возможными ее участниками».⁷ В мировоззренчески плюралистических обществах (а также в интернациональном общении между государствами и глобальных связях между культурами) равноправие может обеспечиваться только в случае формирования общей, всеми в равной степени признанной концепции блага.⁸ Ю. Хабермас пытается спасти от критики некоторых философов, например А. Макинтайра,⁹ кантовскую рациональную, свободно определенную разумом волю как основание для формирования моральных норм через воображаемый диалог (дискурс) всех потенциально затрагиваемых этими моральными нормами участников социального общения.

В теории права (и прежде всего в теории конституционного права) подобный философский подход нашел своего активного последователя в лице Роберта Алекси. Он попытался поставить под сомнение непримиримость позиций «субъективистов, релятивистов, децизионистов и/или иррационалистов» и «объективистов, абсолютистов, когнитивистов и/или рационалистов».¹⁰ Решение Алекси заключается в том, что современное развитие философии и социальных наук обеспечивает на основе учения И. Канта не только содержательные (т. е. связанные с обоснованием конкретных моральных установок), но и процедурные теории морали

⁵ Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. М.: Наука, 2001. С. 67–129.

⁶ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб.: Наука, 2000. С. 51–95.

⁷ Там же. С. 95.

⁸ Там же. С. 90.

⁹ Макинтайр А. После добродетели. СПб., 2000.

¹⁰ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, 2010. P. 369–370.

(подобные «категорическому императиву», постулирующему не само моральное правило, а инструмент для его установления). Наиболее перспективной из процедурных теорий Алекси признает теорию рационального дискурса. Именно эта теория, по его мнению, позволяет в рамках юридической аргументации обеспечить рациональность ценностного выбора, который необходимо обосновывать судам в сложных конституционных случаях. Для этого необходимо принять не интуитивистскую (а соответственно и субъективистскую) теорию ценностей П. Ф. Стросона, отказаться от идеального бытия ценностей М. Шелера и Н. Гартмана и признать, что онтологически ценности обладают свойством действительности, а, стало быть, их существование и содержание — результат «обоснования (justification)». Подобное обоснование, по мнению Алекси, вполне выдерживает критику со стороны тех, кто не считает его рациональным принятием решения.¹¹ Признавая, что процедура обоснования не приводит к точному и неизбежному результату в конкретном случае,¹² не дает стандарта для определенности в принятии итогового решения,¹³ Алекси настаивает на том, что процедура обоснования с помощью инструмента балансирования (или пропорциональности) носит рациональный характер. При этом Алекси признает, что вес каждой из сталкивающихся ценностей не может быть задан как абсолютный и неизменный, но определяется применительно к каждому случаю. Рациональность предлагаемого им обоснования конституционного решения проявляется в том, что из схемы балансирования ценностей (или принципов) четко следует, какие именно обстоятельства должны быть приняты во внимание при принятии решения, а также то, по каким правилам должно выстраиваться соотношение между этими обстоятельствами.¹⁴ В приводимом им примере решения ФКС ФРГ по делу Лебаха (связанному с конфликтом между ценностями свободы прессы и национальной безопасности)¹⁵ такими обстоятельствами выступают серьезность нарушения затрагиваемых интересов при осуществлении вещания, широта такого вещания и его форма, высокая степень доверия публики к телевидению, характер вреда, причиняемого интересам национальной безопасности, и т. д. Содержательные ответы на возражения против этого подхода Алекси фактически опускает, отсылая к трудам Ф. Мюллера.¹⁶

Концепция рационального обоснования у Алекси базируется в общих чертах на концепции рационального дискурса Ю. Хабермаса. Критически разобрав положения этических теорий от Мура до Перельмана, Алекси находит наиболее убедительной концепцию Хабермаса, кладя ее в основу своей теории дискурсивной правовой аргументации.¹⁷ В представлении Алекси, рациональный дискурс формирует четырехэтапную

¹¹ Среди наиболее заметных противников использования ценностей в правовой аргументации по конституционным делам Алекси называет Е. Форстхоффа, Д. П. Коммерса, Гёрлиха, Е.-В. Бёкенфорда, Е. Деннингера и У. Пройса (*Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 94, 96).

¹² *Ibid.* P. 100.

¹³ *Ibid.* P. 107.

¹⁴ *Ibid.* P. 105–106.

¹⁵ BVerfGE 35, 202.

¹⁶ Müller Fr. *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, Duncker & Humblot, Berlin 1976; *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik*, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Duncker & Humblot. Berlin, 1966.

¹⁷ *Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. The theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford University Press, 2010.

модель процедур правовой аргументации: 1) общий практический дискурс, 2) законодательная процедура, 3) правовой дискурс и 4) судебная процедура. В результате Алексис приходит к выводу, что «дискурс конституционных прав представляет собой аргументативную процедуру, направленную на поиск правильного решения проблем конституционных прав на сформулированном основании». В результате в области конституционных прав сохраняется «открытая текстура», хотя и особого рода. Эта открытая текстура, по мнению Алексиса, не дает дорогу произвольному принятию решений, а, напротив, обеспечивает определенную степень стабильности аргументации, построенной на рациональной структуре этой аргументации. В результате институционализированное конституционное обоснование (*adjudication*), в рамках которого не только аргументируется, но и принимается само конституционное решение, становится целиком рациональным.¹⁸

В целом концепция дискурса соответствует целому ряду отличительных особенностей права, чем и объясняется ее успех в правовой теории.

Поскольку право построено на взаимодействии участников правовых отношений, каждый из которых в рамках этого взаимодействия отстаивает свои интересы, право должно обеспечивать согласование этих интересов, для чего необходимой предпосылкой будет выявление таких интересов и обеспечение их защиты. Такое выявление требует непосредственного участия заинтересованных лиц.

В рамках установления правовых условий (содержания) правоотношений традиционно более широкие возможности по защите своих интересов самим участникам правоотношений предоставлялись в рамках частного права. Закон ограничивал пределы того, что оставалось самим сторонам частного правоотношения на свободное усмотрение, однако это усмотрение было (и остается) главным принципом частного права.

В публичном праве ситуация долгое время была иной. До настоящего времени в правовой теории одной из главных особенностей публичного права считается его императивность, представления о которой долгое время исключали дискурсивность установления правовых норм. Однако императивность публичного права исключает дискурсивность, только если право формулировать и представлять публичный интерес (интерес общества в целом, обеспечивающий баланс интересов разных социальных групп) предоставляется лишь одному человеку или узкой группе людей, принимающих решения в процедуре, которая правом не регламентируется. В демократическом государстве механизм принятия основных политических решений предполагает обсуждение, дискуссии между представителями разных социальных групп, в рамках которых итоговое решение должно максимально учитывать все социальные интересы, не игнорируя никакие из них. Согласно данной концепции, основанной на идеях Джона Мильтона и Джона Стюарта Милля, истина (в смысле выбора наиболее оптимального варианта правового регулирования) возникает из конкуренции разнообразных идей, высказываемых в свободной и открытой дискуссии.¹⁹ Именно в этом отношении публичное право в демократическом государстве теряет тот характер императивности, который исключает участие адресата правовой нормы в ее установлении. В некоторых современных работах такой вывод позволяет отрицать даже принудительный характер публичного права²⁰ — в том смысле,

¹⁸ *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 387.*

¹⁹ *Милль Дж. О свободе / пер. А. Фридмана // Наука и жизнь. 1993. № 11. С. 10–15.*

²⁰ *Massimo La Torre. Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law. Dordrecht: Springer, 2007. P. viii, 35, 76 and others.*

который предполагает внешнюю навязанность правовых норм гражданам. Подобная позиция уходит своими корнями в концепцию «совещательной» («deliberative») демократии, развитой в работах Дж. Ролза, а позднее — в трудах Дж. Бессета,²¹ Дж. Фишкина,²² и К. Нино.²³

Дискурсивность в определенном смысле обеспечивает предсказуемость законодательных решений: в результате дискурсивной процедуры принятия законодательных актов каждый гражданин может быть уверен в том, что его интересы были приняты во внимание и соотнесены с другими интересами. В условиях ценностного плюрализма и разнообразия ценностей в современном демократическом государстве не предполагается, что интерес каждого гражданина будет непосредственно защищен итоговым решением. Однако гражданин имеет право на то, чтобы его интересы были учтены при принятии решения наравне с интересами других. В данном случае можно предполагать признание правильности такого закона со стороны всех граждан.²⁴

В этом отношении концепция дискурса хорошо укладывается в русло общей теории демократии: дискурс построен на признании равенства всех его участников, совместно формирующих в результате взаимодействия между собой общие правила, главным адресатом которых будут они сами. Вовлечение самих заинтересованных лиц — граждан — непосредственно или через их представителей в процесс принятия решения прекрасно стыкуется с демократическим принципом политического участия и базовой идеей демократии — идеей самоуправления. Выработанное таким образом решение становится императивным, поскольку дальнейшее его изменение лицами, непосредственно участвующими в конкретном публичном правоотношении, становится невозможным. Главная причина здесь лежит не в императивности как таковой, а в том, что представление публичного интереса — его выявление и обеспечение реализации — не так просто, как представление интереса частного. Выявление публичного интереса в результате дискурсивной процедуры установления правовых норм не позволяет менять эти нормы без возврата к такой процедуре в процессе их реализации.

Получается, что дискурсивность при установлении правовых норм характерна как для частного, так и для современного демократического публичного права. В механизмах правоприменения дискурсивность проявляется еще ярче, прежде всего в состязательной форме судебного процесса, предполагающей равенство сторон и их право высказывать свои аргументы в обоснование предлагаемого ими варианта толкования и применения правовых норм. Предполагается, что результат судебного процесса — судебное решение — это результат рационального воздействия свободно высказанной аргументации на суд, поскольку содержание судебного

²¹ *Besette M.* Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government, in *How Democratic Is the Constitution?* / eds. R. A. Goldwin and William A. Schambra (Washington: American Enterprise Institute, 1980). P. 102–116.

²² *Fishkin J. S.* Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform. Yale University Press, 1991.

²³ *Santiago N. C.* The Constitution of Deliberative Democracy. Yale University Press, 1998.

²⁴ *Dahlman Ch.* Predictable Rules and Flexible Principles — The Problem of Ideological Pluralism and Legitimacy // Luc Wintgens (ed.) *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation: Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Oxford, 2002. P. 81.

решения предполагает аргументированное обоснование (мотивировку) итогового вывода. Аргументация судебного решения рассматривается в качестве главной предпосылки применения теории дискурса к судебной деятельности. Аргументация ориентирована на убеждение предполагаемого адресата в правильности сделанного вывода и тем самым представляет собой обращение к этому адресату. Главный критерий правильности судебного решения — это способность быть убедительным.

В работах Р. Алекси концепция рационального дискурса формирует систему «процедурных» правил обоснования судебного решения.²⁵ Эти правила явным образом коррелируют с базовой философской идеей, положенной в основу самой дискурсивной теории — предположением существования воображаемого «Другого». В такой роли предполагается собеседник, которому адресовано обоснование судебного решения и убеждение которого представляет собой главную задачу конструируемой рациональной аргументации. Однако именно в этом базовом исходном положении рационального дискурса можно увидеть его отчетливые слабые места применительно к прикладным целям юридической аргументации.

Первое возражение сводится к тому, что дискурс не позволяет обосновывать исходные основания — «общие места» — выстраиваемой системы аргументации. В концепции дискурса предполагается, что общие места как исходные посылки для дальнейших рассуждений, выстраиваемых по законам логики, будут установлены как результат общего согласия участников дискурса.

Прежде всего такое согласие требует не мыслимого, а реального участника дискурсивного взаимодействия. Предполагаемое согласие с исходными посылками рассуждений не может заменить согласия действительного. В случае, когда судьи выстраивают систему обоснования своего решения, они могут сформулировать исходные основания своих рассуждений, однако, предполагая их очевидность, неоспоримость и действительность, они едва ли могут предположить несогласие с этими очевидными для них посылками. Конструирование таких посылок базируется на ценностных суждениях, которые чаще всего недоступны для критического анализа, представляя собой исходные убеждения. В деле Константина Маркина такими исходными ценностными основаниями для Конституционного Суда РФ выступала обороноспособность государства и традиционная роль женщины в обществе, для Европейского суда по правам человека — право на частную (семейную) жизнь и на воспитание детей, а также уравнивание социальных ролей мужчин и женщин. Расхождение в этих базовых ценностных основаниях суждений не могло стать предметом консенсуса, даже если предположить реальный диалог судей двух судов в общем заседании. Выбор определенной оценочной позиции может быть не более рациональным, чем выбор любой другой. Могут быть правильные или неправильные выводы, но не может быть правильных или неправильных исходных оснований для рассуждений.

В некоторых случаях дискурсивный подход может быть продуктивным, но это случаи расхождения не в базовых основаниях (общих местах), а в выводах и следствиях, которые из них делаются методами логических аргументативных рассуждений.

Именно в этом отношении нет оснований считать дискурс до конца рациональным: решающая роль исходных вводных условий слишком

²⁵ *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 187–206, 230–285.*

велика, чтобы утверждать, что правила аргументации могут гарантировать совершенно предсказуемый результат. Рациональный дискурс в этом отношении представляет собой угрозу определенности, которая состоит в неопределенности исходных посылок. Эти посылки становятся результатом произвольного установления — при условии, что с ними будет согласен (причем предположительно) другой участник (другие участники) дискурса, в том числе «универсальная аудитория» Х. Перельмана.

На практике реальное осуществление дискурсивных практик скорее ослабляет, нежели усиливает степень предсказуемости итогового результата. Например, судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев в одной из своих публикаций рассматривает механизм коллегиального принятия решения (построенный по модели дискурсивной практики) как угрозу определенности и предсказуемости итогового решения.²⁶

Ценностные суждения, «будучи выражением установок или чувства», не могут быть предметом доказывания, поскольку они не могут быть истинными или ложными. «Согласие по поводу моральных суждений, — пишет Макинтайр, — не гарантируется никаким рациональным методом, потому что такого метода нет. Оно может быть гарантировано, если вообще это возможно, некоторыми определенно нерациональными воздействиями на эмоции или установки тех, кто не согласен с каким-либо моральным суждением».²⁷ Однако такое воздействие очевидно невозможно в условиях, когда речь идет не о реальном, а о предполагаемом адресате аргументативного воздействия.

В концепции рационального дискурса происходит подмена ценностей оценками. Интерсубъективные ценности отождествляются с произвольно выбираемыми оценками — главное, чтобы все участники дискурса приняли ценностное суждение и признали его. Интерсубъективность превращается в конвенциональность, лишаясь какой-либо укорененности в общественной практике, игнорируя традиции и другие социальные свойства ценностей. Однако преодолеть интерсубъективность ценностей невозможно. Скорее следует признать, что дискурсивность нереализуема ввиду объективно существующей интерсубъективности. Человек не способен к сознательному изменению своей системы ценностей, усвоенной им в процессе социализации и формирования его ценностного сознания, соответственно и пространства для дискурсивного согласования ценностей не остается.

Ценностный выбор между применяемыми правовыми принципами может быть аргументирован определенными доводами, ссылками на конкретные обстоятельства, но он не может быть доказан. В этом отношении любопытны регулирование и практика доказывания в конституционном судебном процессе. Предмет рассмотрения конституционного суда главным образом сводится к сопоставлению содержания двух норм — нормы конституции и нормы того акта, который проверяется на соответствие конституции. В результате стороны и другие участники конституционного процесса лишены необходимости представления доказательств, подтверждающих фактические обстоятельства. Они могут приводить доказательства, свидетельствующие об определенном толковании оспариваемого нормативного положения при его утверждении или при его применении, и даже представлять материалы, обосновывающие необходимость придания

²⁶ Гаджиев Г. А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4. С. 18.

²⁷ Макинтайр А. После добродетели. С. 19.

конкретного смысла положениям конституции (например, материалы толкования аналогичных положений международными судами). Однако в целом представленные позиции в конституционном суде сводятся к представлению аргументов в обоснование конкретного толкования конституционных принципов. Никакое толкование не будет истинным или ложным *in abstracto* за пределами мнения конституционного суда, поддерживающего тот или иной вариант толкования. Не существует никакого способа верификации правильности мнения конституционного суда, следовательно, его выбор не может быть ни истинным, ни ложным, и конституция становится исключительно тем, «что о ней скажут судьи».

Второе возражение состоит в том, что риторический дискурс не позволяет найти правильное решение, он лишь убеждает в правильности уже выбранного решения, исходя из того что абсолютно верного решения не существует.

«Цель риторики — убедить или склонить публику. Риторика не ищет логических доказательств или истины, во всяком случае, в качестве главной своей задачи. Она пытается найти то, что эффективно, то, что в каждой ситуации наилучшим образом способствует убеждению или склонению. Таким образом, риторика — это релятивистская теория. Риторика не открывает истин, она создает истины, которые требует момент». ²⁸ Авторы «Новой риторики» Х. Перельман и Л. Ольбрехт-Титека характеризовали теорию аргументации как исследование дискурсивных средств, позволяющих вызывать или усиливать сочувствие к предложенным для одобрения положениям. ²⁹

Для Аристотеля цель риторики была способом, при помощи которого из *правдоподобного* можно делать заключение о всякой предполагаемой проблеме и не впадать в противоречие. ³⁰ Современная дискурсивная теория расширяет сферу риторики на обоснование самого правдоподобного основания рассуждений, очевидно выходя за пределы тех возможностей, которые предоставляет риторика.

Риторический (дискурсивный) подход может обеспечить принятие решения, правильного и верного в конкретных условиях, но одним из таких условий будут установленные исходные основания для системы логического обоснования решения. Сами эти обоснования воспринимаются как данность. Дискурс позволяет найти единственно верное решение в существующей системе ценностей, однако в случае признания множественности ценностных систем такого единственно правильного решения не обнаруживается, но, напротив, выявляется релятивизм таких решений. При столкновении ценностных подходов ни один из них не может быть оценен как правильный.

В рамках риторического подхода даже факты как основания рассуждений становятся результатом соглашения, принятия их универсальной аудиторией. В рамках дискурсивной риторической теории преодолевается различие между ценностями и фактами — и те, и другие могут рассматриваться не как объективная данность, а только как результат определенного восприятия действительности участниками дискурса. ³¹ Можно

²⁸ Розенгрэн М. К вопросу о доха: эпистемология «новой риторики» // Вопросы философии. 2012. № 6. С. 68.

²⁹ Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L. Traite' de l'argumentation. La nouvelle rhetorique. Paris, 1958. P. 5. — Цит. по: Алексеев А. П. Рациональность аргументации в современных коммуникативных контекстах // Информационное общество. 2013. № 3. С. 11–17.

³⁰ Аристотель. Соч. В 4 т. Т. 2. С. 349 (Тор. I, 1, 100b, 18–20).

³¹ Розенгрэн М. К вопросу о доха: эпистемология «новой риторики». С. 69–71.

предположить, что в основу разных позиций кладутся разные факты, но в конечном счете речь идет о признании достоверности и убедительности источника, подтверждающего эти факты. В статье Матса Розенгрена в качестве примера приводится «парадигматический пример» — признание в качестве факта того, что Земля вращается вокруг Солнца: «Как можно оправдать или подтвердить правоту и объективность этого факта? Мы не можем объявить тех, кто не согласен, сумасшедшими только потому, что они думают не так, как мы. Это означало бы поддаться догматизму. Нет, мы должны доказывать нашу позицию и приводить данные наблюдений, подкрепляющие ее, чтобы убедить и склонить на свою сторону несогласных».³² Даже когда речь идет о непосредственном чувственном опыте, возможны споры, как в древней притче о том, какого цвета море.

Аналогичным образом дело обстоит и с теми фактами, на которые опирается суд. В статье В. Д. Зорькина «Предел уступчивости»³³ можно увидеть, что, вынося решение по делу Константина Маркина, Конституционный Суд РФ исходил из того, что роль женщин как главных воспитателей детей (а следовательно, и особая, связанная с материнством социальная роль женщины в обществе) может восприниматься как факт, поскольку подтверждается «результатами современных научных исследований в области педиатрии, детской психологии». Очевидно, что подобные «факты» не будут воспринимать в качестве таковых европейские суды, в том числе ЕСПЧ.

В рамках дискурсивной (риторической) теории предполагается конструирование особой реальности — реальности, построенной на убедительности оснований.³⁴ В рамках риторического дискурса вопрос о соотношении этой реальности и объективной реальности не возникает, а любое суждение оказывается истинным в координатах системы рассуждений, основанных на убедительности.

Несмотря на заверения Р. Алекси, дискурсивная теория в этом отношении не может обеспечить преодоление релятивизма в конституционной практике. Суды приходят к совершенно разному, зачастую противоположным выводам, разрешая одинаковые конституционно-правовые проблемы в разных конституционных юрисдикциях.³⁵ Эта практика подтверждает, что суды в действительности следуют дискурсивному подходу, принимая те решения, которые предопределены особенностями конституционной и социальной системы конкретного государства. Однако такая практика не позволяет считать этот — дискурсивный — подход ни универсальным, ни рациональным, ни гарантирующим необходимую предопределенность результата. Правила дискурсивного риторического обоснования не способны обеспечить предсказуемость итогового вывода ввиду принципиальных различий в основаниях рассуждений. Эти основания не могут быть убедительными универсально, дискурсивная практика их утверждения через общее согласие не может этого обеспечить.

³² Там же. С. 70.

³³ Зорькин В. Д. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. 29 окт.

³⁴ Перельман Х., Ольбрехт-Тытека Л. Новая риторика: трактат об аргументации // Язык и моделирование социального взаимодействия: Переводы / сост. В. М. Сергеева и П. Б. Паршина; под общ. ред. В. В. Петровой. М., 1987. С. 207–264.

³⁵ Белов С. А. Пределы универсальности конституционализма: влияние национальных ценностей на практику принятия решений конституционными судами // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4(101). С. 37–56.

Не спасает ситуацию и концепция универсальной аудитории Х. Перельмана. Требование, чтобы аргументация была убедительной для аудитории, не связанной никакими культурными установками, практически невыполнимо. Выстраивающий дискурсивную аргументацию субъект (например, суд) не может отстраниться от своих ценностных установок и обращаться к универсальной аудитории за пределами контекста своей культуры.³⁶

Дискурсивная теория утверждает, что цель найти универсальное, единственно верное решение может не предполагаться, правильным решение будет только для конкретного случая, в конкретном контексте, а критерием верности станет его убедительность.

Однако убедительность — плохой критерий правильности, особенно с учетом первого возражения, когда судить об убедительности предоставляется самому автору аргументации выбранного решения. Убедительность может достигаться за счет воздействия на эмоции, решение может выглядеть (казаться) убедительным, но при этом не учитывать многих важных обстоятельств. Дискурсивность способствует утверждению релятивизма, а не его преодолению, разрушая те постулаты конституционной и вообще правовой теории, которые констатируют универсальность правовых принципов и институтов.

Третье возражение можно сформулировать как противоречие между концепцией дискурса и принудительностью права. Принудительность, как было указано выше, не следует понимать в смысле восприятия права в духе теории команд, однако согласие сторон на определенные правовые последствия имеет очевидные пределы в праве. В решении суда проявляется императивность правовых предписаний, и в этом отношении суд едва ли может считаться полноценным участником дискурса: как стороны процесса, так и общество, на убеждение которых направлены аргументы и обоснование судебного решения, не могут оценивать решение суда для придания ему силы. Напротив, правопорядок предполагает соблюдение решения суда даже в том случае, если оно не может быть принято как абсолютно убедительное, аргументированное и обоснованное. Следовательно, существуют явные пределы дискурсивного согласия, predetermined императивностью, присущей праву по природе. Решение суда артикулирует общественные ценности и связывает общество такой формализацией ценностей, переводя их в разряд действующего права.

Дискурсивность может использоваться для установления правовых предписаний, но не для их применения. Если взять использовавшиеся Г. Л. А. Хартом примеры с установлением правил бейсбола и примеры Р. Дворкина с установлением правил в шахматах, то вполне очевидно, что установление таких правил может быть результатом дискурса, наряду с авторитетом и традицией. Согласие участников игры с установленными правилами предполагается самим участием в игре. В случае с установлением правовых норм механизм оказывается несколько сложнее, поскольку право существует как разветвленная система норм, имеющая некоторое общее основание в виде главной нормы признания (у Г. Л. А. Харта) или основной нормы (у Г. Кельзена), из которой проистекает установление других норм. Кроме того, не все участники правоотношений могут непосредственно выражать согласие на установление конкретных правовых предписаний.

³⁶ Crosswhite J. *Universality in Rhetoric: Perelman's Universal Audience* // *Philosophy and Rhetoric* 22.3 (1989). P. 157–173.

Дискурс как общая модель в отношении установления правовых норм допустим (с оговорками относительно того, что механизм его реализации может осуществляться в демократических представительных процедурах), но он в любом случае неприемлем при применении норм.

В рамках дискурса все участники имеют равные права, любое принуждение исключается.³⁷ Суд не может стать полноценным участником такого дискурса, поскольку он должен вынести окончательное властное суждение по существу спора. Его аргументация преследует цель эффективного разрешения конфликта и поэтому стремится к убедительности, однако адресат — общество не может вступить в дискурсивное взаимодействие с судом, даже если, например, в научной литературе или в СМИ будет высказано критическое отношение к принятому судом решению. Ни на содержание, ни на действительность судебного решения это не должно влиять, поскольку в противном случае возникнет угроза самим основаниям правовой системы. Будучи убежденными в неправомерности и неубедительности судебного решения, государственные институты могут препятствовать реализации данного решения, однако такая политическая практика не может считаться сколько-нибудь приемлемой в правовой системе правового государства.

Принудительность правопорядка вытекает из общего предположения, что право отражает и обеспечивает защиту общих, публичных интересов, очевидно не сводимых даже в демократическом государстве к совокупности интересов частных, интересов отдельных участников. Там, где защищается публичный интерес (иногда состоящий в защите слабого участника общественного отношения), право не может быть диспозитивно, тогда как дискурсивный подход, если схематично представить его концептуальное основание, базируется именно на диспозитивности права в принципе. Разумеется, диспозитивности, трактуемой максимально широко, но отрицающей возможность некоего внешнего источника обоснования правовых предписаний, кроме согласия самих участников дискурса. Преувеличенное значение общественным интересам, не сводимым к интересам граждан — участников правового дискурса, придавать не стоит, однако игнорировать публичный интерес как несводимый к эгоистическим интересам частных лиц тоже будет неправильно.

Возражение, вытекающее из принудительности права, может быть адресовано не только самой теории рационального дискурса, но и любым теориям «конвенционного» происхождения права. Такие теории особенно популярны среди учений юридического позитивизма — например, это «норма признания» Герберта Харта, предполагающая, что правом может считаться лишь то, что принимается применяющими правовые нормы в качестве права.³⁸ В признании права (весьма сходном с притязанием на правильность у Р. Алекси) находит содержательную опору его действительность, тогда как процедура установления правовых норм имеет второстепенное значение, лишь выступая наглядной убедительностью для признания правовой нормы.

Подобная конвенционность обоснования права лишает надежной опоры его содержание, отрывая право в характерной для позитивистов манере от внетекстуального контекста и обоснования права, т. е. от тех правовых

³⁷ *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation. P. 115.

³⁸ *Харт Г. Л. А.* Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 107.

ценностей, в которых находит опору право. Телеологическое толкование в конвенционной системе становится невозможным, поскольку мотивы каждого из участников дискурса остаются самостоятельными, а итоговый результат взаимодействия участников может и не иметь отчетливой цели, оставаясь случайным итогом взаимодействия разнонаправленных волей участников. Норма признания как основание действительности права представляет также отчетливую угрозу определенности, поскольку во многих ситуациях бывает сложно установить, сохраняет ли норма действительность. Например, если норма долгое время не применяется — ни добровольно, ни принудительно, можно ли говорить, что возникает конвенция об отмене этой нормы? Кроме того, в конвенционном и дискурсивном подходе отсутствует механизм опровержения подразумеваемого согласия других участников дискурса при их молчании относительно признаваемой нормы. Признание нормы теми, кто ее применяет, не создает ее всеобщего признания, а следовательно, предполагаемая дискурсивной теорией предпосылка действительности нормы не выполняется. Установление всеобщности признания может парализовать функционирование всей правовой системы, поскольку даже институты современного демократического государства гарантировать такое признание не способны.

Таким образом, рациональный дискурс не способен обосновать выбор ценностей при решении сложных конституционных дел. Его возможности весьма ограничены, и круг тех задач, решение которых предлагается с его помощью, представляется явно преувеличенным. Очевидно, что обоснование ценностного выбора не может быть осуществлено инструментами риторики, а требует иных инструментов, более пригодных для этой цели.