

ИМПЕРИЯ ПРАВА*

Р. ДВОРКИН**

*Посвящается Бетси****

«Империя права» — шедевр недавно ушедшего из жизни крупнейшего американского правоведа, философа и политолога Рональда Дворкина (1931–2013), многими считающийся одной из двух великих книг по философии права XX в. (наряду с «Понятием права» знаменитого английского юриста Герберта Харта). В книге дан глубокий анализ многих фундаментальных проблем философии права, а также политической теории и философии. Новаторские идеи Дворкина, высказанные в этой книге, до сих пор остаются чрезвычайно влиятельными. Критикуя юридический позитивизм, строго различающий право и мораль, Р. Дворкин развивает свою теорию конструктивной интерпретации права, обращаясь к моральным основаниям той или иной правовой системы (т. е. мораль и право у него неразрывно связаны). В переведенном фрагменте Дворкин делает общие вводные замечания к своей теории, а затем рассматривает традиционные объяснения сущности разногласий юристов по поводу права. Таковой является «точка зрения простого факта на право», объявляющая теоретические разногласия иллюзией, и ее утонченная разновидность — «семантические теории права», полагающие, что мы все следуем одним и тем же языковым критериям, делая правовые высказывания. С помощью теоретических аргументов и анализа конкретных судебных дел Дворкин убедительно показывает несостоятельность этих концепций.

* Перевод предисловия и первой главы книги Р. Дворкина «Империя права» выполнен по изданию: Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass., 1986. P. vii–x, 1–44.

Перевод с англ. С. В. Моисеева (MPhil in Social Theory, доцент кафедры гуманитарных и социально-экономических дисциплин Новосибирской государственной архитектурно-художественной академии; e-mail: moisserg@hotmail.com).

** Дворкин Рональд (1931–2013) — знаменитый американский правовед, философ и политолог, один из самых влиятельных и обсуждаемых авторов в современной философии права. Преподавал в университете Нью-Йорка и Университетском колледже Лондона, ранее — на юридическом факультете Йельского университета и в Оксфордском университете. Видный критик юридического позитивизма. Создатель одной из самых влиятельных современных теорий природы права — «права как целостности» (*law as integrity*). Автор многочисленных книг и статей по философии права, теории конституционного права, проблемам равенства и свободы. — *Прим. пер.*

Dworkin, Ronald (1931–2013) is the eminent American legal and political scholar, one of the most influential and discussed contemporary philosophers of law. He taught at New York University and the University College of London, previously — at Yale University Law School and Oxford University. He is a significant critic of legal positivism. He elaborated one of the most influential contemporary theories of law — “law as integrity”. He is the author of numerous books and articles on philosophy of law, constitutional law theory, issues of equality and liberty. — Translator’s note.

© R. Dworkin, 1986

© С. В. Моисеев (перевод), 2013

*** Бетси Дворкин (урожденная Росс) — первая жена Рональда Дворкина, с которой он прожил вместе 41 год. Скончалась в 2000 г. — *Прим. пер.*

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: право, конструктивная интерпретация, точка зрения простого факта на право, семантические теории права, юридический позитивизм, юридический реализм.

DWORKIN R. LAW'S EMPIRE

“Law’s Empire”, a masterpiece of the late Ronald Dworkin, the eminent American legal and political scholar and philosopher (1931–2013), is widely perceived as one of two greatest studies in the philosophy of law of the XXth century (alongside with H. L. A. Hart’s “The Concept of Law”). The book presents a deep analysis of many fundamental problems of legal and political theory and philosophy. Its innovative ideas still remain quite influential. Criticizing legal positivism with its strict separation of law and morals, R. Dworkin develops his theory of constructive interpretation of legal practice appealing to moral foundations of a legal system (thus connecting law and morality). In the translated fragment R. Dworkin makes general introductory notes and analyses traditional explanations of disagreement about law. These are “the plain-fact view of law”, according to which theoretical disagreement is an illusion, and its sophisticated varieties — “semantic theories of law” which claim that we all share the same linguistic criteria in making propositions about law. R. Dworkin, analyzing a number of famous legal cases, provides a strong criticism of these ideas and demonstrates their wrongness.

KEYWORDS: law, constructive interpretation, the plain-fact view of law, semantic theories of law, legal positivism, legal realism.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Мы живем в праве и правом. Оно делает нас теми, кто мы есть: гражданами и наемными работниками, врачами и супругами, и обладателями вещей. Оно — меч, щит и угроза: мы настойчиво требуем выплаты заработной платы, отказываемся платить за съемное жилье, вынуждены отказаться от права на взыскание, оказываемся в тюрьме — все во имя того, что повелел наш абстрактный и бесплотный суверен — закон. И мы *спорим* о том, что он повелел, даже тогда, когда книги, которым полагается содержать его веления и указания, молчат; мы действуем тогда, как если бы закон пробормотал свое веление слишком тихо, чтобы быть услышанным. Мы — подданные империи права, вассалы его методов и идеалов, связанные духовно, когда спорим о том, что мы должны в связи с этим делать.

Что это означает? Как право может повелевать, когда книги законов молчат, когда они неясны или неоднозначны? Эта книга дает в пространный форме ответ, который я разрабатывал постепенно, урывками, на протяжении нескольких лет: юридическая аргументация — это упражнение в конструктивной интерпретации; наше право состоит в наилучшем обосновании наших юридических практик в целом; оно состоит в нарративном повествовании, делающем из этих практик лучшее, чем они могут быть. Отчетливая структура и ограничения юридической аргументации возникают, с этой точки зрения, только тогда, когда мы идентифицируем и распознаем многообразные и часто конкурирующие измерения политической ценности, различные нити, сплетенные вместе в сложном суждении о том, что одна интерпретация при прочих равных условиях делает повествование права в целом лучше, чем любая другая. Эта книга совершенствует, расширяет и иллюстрирует данную концепцию права. Она выявляет (*excavates*)

ее основания в более общей политике целостности, сообщества и братства. Она прослеживает ее последствия для абстрактной теории права и, кроме того, для ряда конкретных случаев, возникающих в рамках общего права, статутов и конституции.

Я использую некоторые аргументы, приемы и примеры, которые применял раньше, хотя в каждом случае их форма отличается и, я надеюсь, становится лучшей. Это повторение — намеренное. Оно позволяет сделать некоторые обсуждения и примеры короче, поскольку читатели, желающие изучить их более детально, чем это требуется для аргументации в данной книге, могут обратиться к ссылкам, которые я даю здесь (многие из этих более детальных обсуждений можно найти в книге «Дело принципа»)¹. В настоящей работе затрагиваются, как и должно быть в любой общей книге по теории права, некоторые сложные и интенсивно изучаемые философские проблемы. Я не хотел прерывать общую аргументацию экскурсами в эти проблемы и поэтому, где это было возможно, перенес такой текст в сноски. Подробное рассмотрение некоторых аргументов тех или иных правоведов также делается в тексте сносок.

Я не пытался выяснить, насколько в этой книге изменяются позиции, которые я отстаивал в более ранних работах. Однако сразу скажу о том, как в ней рассматриваются две позиции, ставшие основанием для многих комментариев. В работе «Принимая права всерьез»^{*} я предложил аргументы против юридического позитивизма, в которых акцентировалась феноменология вынесения судебного решения. Я утверждал, что судьи обычно чувствуют обязательство придавать прошлым решениям названное мной «силой гравитации»; это ощущаемое обязательство противоречит позитивистской доктрине судейского усмотрения. В данной книге, особенно в гл. 4, подчеркиваются скорее интерпретативные, чем феноменологические дефекты позитивизма, но они, по сути, — те же провалы. Также в течение многих лет я возражаю против утверждения позитивизма, согласно которому на спорные юридические вопросы не может быть «правильных» ответов, но только «разные» ответы. Я настаиваю на том, что в большинстве трудных случаев имеются правильные ответы, которые надо искать с помощью разума и воображения.

По мнению некоторых критиков, я имел в виду, что в этих случаях единственный ответ может быть *доказан* в качестве правильного, к удовлетворению каждого. Но я с самого начала настаивал, что я не это имею в виду и что вопрос о том, есть ли у нас основание считать ответ правильным, отличен от вопроса о том, можно ли продемонстрировать, что он правилен. В настоящей книге я утверждаю, что критики не смогли понять, в чем на самом деле состоит спор о правильных ответах — в чем он должен состоять, если скептический тезис об отсутствии правильных ответов заслуживает того, чтобы считаться аргументом против отстаиваемой мной теории права. Я утверждаю, что на самом деле это спор о морали, а не о метафизике, и тезис «нет правильных ответов», понятый как моральное высказывание, крайне неубедителен и в морали, и в праве.

Я в общем и целом не пытался сравнивать мои взгляды со взглядами других политических философов и философов права, как классических, так и современных, или указывать, насколько сильное влияние с их стороны

¹ *Dworkin R. A Matter of Principle. Cambridge, Mass.; London, 1985.*

^{*} *Dworkin R. Taking Rights Seriously. Duckworth; London, 1977* (пер. на рус.: *Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. Л. Б. Макеева. М., 2005*). — *Прим. пер.*

я испытал либо в какой степени основывался на их работах. Не является эта книга и обзором современных идей в юриспруденции. Я не подвергаю подробному рассмотрению некоторые модные идеи в теории права, включая «мягкий» юридический позитивизм, экономический анализ права, движение критических правовых исследований и такие теории американского конституционного права, как «пассивная» теория и теория «намерений создателей». Однако я рассматриваю их, потому что данные утверждения входят в сферу моей аргументации, и полностью пренебрегаю многими философами права, чьи работы имеют равное или большее значение.

Фрэнк Кермоуд (*Frank Kermode*), Шелдон Лидер (*Sheldon Leader*), Рой МакЛис (*Roy McLees*) и Джон Оукли (*John Oakley*) прочли черновик или значительную часть книги и дали обширные комментарии. Их помощь была бесценной: они уберегли меня от серьезных ошибок, дали важные примеры, указали на не замеченные мной проблемы и заставили меня переосмыслить некоторые аргументы. Джереми Уолдрон (*Jeremy Waldron*) прочел и улучшил гл. 6, а Том Грей (*Tom Grey*) сделал это для гл. 2. Бóльшая часть сносок (за исключением длинных текстовых) была подготовлена Уильямом Ивальдом (*William Ewald*), Уильямом Рисменом (*William Riesman*) и особенно Роем МакЛисом; все ценное в книге как источнике ссылок — полностью их заслуга. Я выражаю признательность за щедрую поддержку Исследовательскому фонду им. Филомена д'Агостино и Макса Е. Гринберга Школы права Нью-Йоркского университета. Я благодарен Дэвиду Эриксону (*David Erikson*) из *Xyquest, Inc.*, который добровольно вызвался специально адаптировать замечательный текстовый процессор этой фирмы, *XyWrite III*, так чтобы я мог использовать его для написания этой книги. Пег Андерсон (*Peg Anderson*) из издательства Гарвардского университета оказал исключительную помощь на этапе внесения в текст последних изменений.

Я в долгу у намного более обширного круга людей. Мои коллеги по юридическому сообществу Великобритании, в особенности Джон Финнис (*John Finnis*), Г. Л. А. Харт (*H. L. A. Hart*), Нейл МакКормик (*Neil MacCormick*), Джозеф Раз (*Joseph Raz*) и Уильям Твайнинг (*William Twining*), были терпеливыми учителями малоспособного ученика, а мои друзья по школе права Нью-Йоркского университета, особенно Льюис Корнхаузер (*Lewis Kornhauser*), Уильям Нелсон (*William Nelson*), Дэвид Ричардс (*David Richards*) и Лоуренс Сэйджер (*Lawrence Sager*), явились постоянным источником советов и творческих прозрений. Более всего я благодарен влиятельным критикам, чье внимание мне посчастливилось привлечь в прошлом; эта книга могла бы быть посвящена им. Отвечать на критику — самый продуктивный для меня вид работы. Надеюсь, что мне с этим повезет снова.

ГЛАВА 1. ЧТО ЕСТЬ ПРАВО?

ПОЧЕМУ ЭТО ВАЖНО

То, как судьи решают дела, — важно. В высшей степени это значимо для сутяг, для людей достаточно несчастных, порочных или святых, чтобы оказаться в суде. Лёрнд Хэнд (*Learned Hand*), который был одним из лучших и знаменитейших судей Америки, говорил, что боится судебного иска больше чем смерти или налогов. Уголовные дела — самые пугающие из всех, и они же наиболее чарующи для публики. Но гражданские иски, в которых одно лицо требует от другого компенсации или защиты от некоторого прошлого или угрожающего вреда, иногда имеют больше последствий,

чем все, кроме самых важных уголовных процессов. Разница между достойной победой и полным поражением может зависеть от единственного аргумента, который не впечатлил бы так же сильно другого судью — или даже того же судью в другой день. От одного кивка судьи люди часто могут потерять или приобрести больше, чем от любого общего постановления парламента или конгресса.

Судебные иски значимы и в ином отношении, которое не может измеряться деньгами или даже свободой. В правовом действии неизбежно присутствует моральное измерение, а значит, постоянный риск публичной несправедливости в отчетливой форме. Судья должен решить не только кто что получит, но и кто ведет себя хорошо, кто выполняет гражданские обязанности, а кто умышленно либо в силу жадности или бесчувственности проигнорировал свои обязанности в отношении других или преувеличил их обязанности по отношению к себе. Если это суждение несправедливо, то сообщество наносит моральный вред одному из своих членов, потому что в какой-то степени или в каком-то смысле клеймит его как изгоя. Этот вред наиболее тяжок, когда невинный человек осуждается за преступление, но он достаточно велик и когда истцу с обоснованными требованиями отказывают в судебном рассмотрении или когда ответчик покидает суд незаслуженно заклеянным.

Все это — прямые следствия судебного иска для сторон и зависящих от них лиц. В Великобритании и Америке, и не только в них, судебные решения влияют и на великое множество других людей, потому что правом часто становится то, что судьи определяют как право. Например, решения Верховного суда прославлены своей важностью в этом отношении. Этот суд имеет полномочия отклонять даже самые продуманные и популярные решения других властных органов, если считает, что они противоречат Конституции, и поэтому ему принадлежит последнее слово относительно того, могут ли штаты казнить убийц (и каким образом), запрещать аборт или делать обязательными молитвы в государственных школах; может ли Конгресс объявлять призыв во время войны или заставить президента раскрыть секретную информацию о своей деятельности. Когда в 1954 г. Верховный суд решил, что никакой штат не имеет права осуществлять расовую сегрегацию в школах, он повел нацию к социальной революции, более глубокой, чем та, что была начата (или могла быть начата) любым другим политическим институтом.²

Верховный суд — это наиболее яркое проявление судебной власти, но решения других судов также часто очень важны. Вот два примера, выбранные почти случайно, из истории английского права. В XIX в. английские суды провозгласили, что фабричный рабочий не может подавать к своему нанимателю иск о компенсации, если он был травмирован из-за неосторожности другого рабочего.³ Они утверждали, что рабочий «осознаёт риск» того, что его «товарищи» могут быть неосторожными. В любом случае, рабочий знает лучше, чем наниматель, какие рабочие неосторожны, и, возможно, имеет больше влияния на них. Это правило (которое не выглядело таким глупым, когда дарвинистские образы капитализма были более популярны) оказало большое влияние на закон о компенсации за несчастные случаи на производстве, пока, в конце концов, не было отменено.⁴ В 1975 г.

² *Brown v. Board of Educ.*, 347 U. S. 486 (1954).

³ *Priestley v. Fowler* [1837] 3 M. & W.

⁴ *Law Reform (Personal Injuries) Act* // Halsbury Statutes of England. 1948. 3rd ed. Vol. 35. P. 548.

лорд Уиджери (Widgery), очень влиятельный британский судья, установил правило о том, через какое время после ухода в отставку чиновник кабинета министров может публиковать описания закрытых заседаний кабинета.⁵ Этим решением было зафиксировано, какие официальные записи доступны для журналистов и современных историков, критикующих правительство; таким образом, оно повлияло на поведение правительства.

РАЗНОГЛАСИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ПРАВА

Поскольку во всех смыслах важно то, как судьи решают дела, значимо и то, что они думают о праве, не соглашаясь друг с другом, важно то, какие именно у них разногласия. Есть ли здесь какая-то загадка? Да, но нам нужно ввести некоторые разграничения, чтобы увидеть, в чем она состоит. В судебных исках всегда возникают (по крайней мере, в принципе) три вида проблем: проблемы факта, проблемы права и парные проблемы политической морали и верности закону. (1) Что случилось? Действительно ли человек у токарного станка уронил гаечный ключ на ногу своего напарника? (2) Каков соответствующий закон? Позволяет ли закон травмированному рабочему получить компенсацию от нанимателя за такую травму? (3) Если закон не допускает компенсацию, справедливо ли это? И если так, то должны ли судьи проигнорировать закон и все равно присудить компенсацию?

Первый из этих вопросов, вопрос факта, кажется достаточно прямой. Если у судей есть разногласия по поводу реальной истории событий, о которой идет спор, мы знаем, в чем их разногласия и какие свидетельства позволили бы решить этот вопрос, если бы имелись в наличии. Третий вопрос, о моральности и верности закону, очень отличается от первого, но также достаточно ясен. Между людьми часто существуют разногласия относительно морально правильного и неправильного, и моральные разногласия не вызывают особых проблем, когда возникают в суде. Но как насчет второй проблемы, проблемы права? Юристы и судьи, как представляется, очень часто не соглашаются друг с другом относительно закона, на основе которого должно решаться дело. Кажется, они не соглашаются даже по поводу правильных критериев, которые должны использоваться. Один судья, предлагая определенный набор критериев, утверждает, что закон на стороне школьного округа или нанимателя. Другой, предлагая иной набор, — что он на стороне школьников или наемного работника. Если это действительно третья, особая разновидность споров, отличная от споров об исторических фактах и от моральных аргументов, то какого рода эти споры? Относительно чего эти разногласия?

Давайте назовем «правовыми высказываниями» все различные утверждения и заявления, которые люди делают о том, что закон разрешает или запрещает либо какими правами их наделяет. Правовые высказывания могут быть очень общими: «Закон запрещает штатам лишать кого-либо равной защиты в том смысле, в каком она понимается в Четырнадцатой поправке к Конституции». Могут быть намного менее общими: «Закон не обеспечивает компенсации за травмы, причиненные коллегами по работе»; или вообще очень конкретными: «Закон требует от корпорации “Акме” выплатить компенсацию Джону Смитсу за травму, полученную им на работе

⁵ *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1975] 3 All E. R. 484.

в прошлом феврале». Юристы, судьи и обычные люди в целом исходят из допущения, что по крайней мере некоторые правовые высказывания могут быть истинными или ложными.⁶ Но никто не считает, что они отражают декларации некоего призрака; они — не шепот Закона планетам. Да, юристы рассуждают о том, что «говорит» закон, либо о том, «молчит» ли закон в том или ином вопросе. Но это просто фигуры речи.

Все думают, что правовые высказывания истинны или ложны (или и то, и другое) в силу иных, более знакомых высказываний, на которых правовые высказывания (если так можно выразиться) «паразитируют». Эти более знакомые высказывания составляют то, что я буду называть «основаниями» права. Высказывание о том, что никто не имеет права ехать в Калифорнии со скоростью больше 55 миль в час, верно, как думает большинство людей, потому что большинство законодателей штата сказали «да» или подняли руки, когда на их стол лег соответствующий текст. Оно не могло бы быть верным, если бы ничего такого не произошло; оно не могло бы быть верным просто в силу того, что сказал какой-то призрак, или того, что было обнаружено на трансцендентальных таблицах в небе.

Разногласия между юристами и судьями по поводу истинности правовых высказываний могут возникать двояким образом. Они могут быть согласны относительно оснований права — того, когда истинность или ложность иных, более знакомых высказываний делает некоторое конкретное правовое высказывание истинным или ложным, — но не соглашаться по поводу того, действительно ли имеются эти основания в некотором конкретном случае. Например, юристы и судьи могут быть согласны с тем, что предел скорости в Калифорнии составляет 55 миль в час, если официальные калифорнийские статуты содержат такой закон, но не соглашаться относительно того, действительно ли такой закон есть в этих законодательных текстах. Мы можем назвать это эмпирическими разногласиями по поводу права. Или они могут не соглашаться относительно оснований права, относительно тех высказываний, которые, когда они истинны, делают истинным конкретное правовое высказывание. Они могут быть согласны в эмпирическом смысле относительно того, что собрания законов и прошлые судебные решения говорят о компенсации за травмы, нанесенные коллегами, но не соглашаться по поводу того, исчерпывают ли собрания законов и судебные решения соответствующие основания права. Это можно назвать теоретическими разногласиями по поводу права.

Эмпирические разногласия относительно права вряд ли являются чем-то загадочным. Люди могут не соглашаться друг с другом в том, какие слова имеются в собрании законов, таким же образом, как они не соглашаются относительно любого другого фактического вопроса. Но теоретическое разногласие в праве, разногласие по поводу оснований права, представляет собой большую проблему. Далее в этой главе мы увидим, что юристы и судьи действительно имеют теоретические разногласия. Они не соглашаются друг с другом в том, каково действительное право о расовой сегрегации или несчастных случаях на производстве, даже когда согласны в том, какие статуты приняты и что юристы говорили и думали в прошлом. Какого рода эти разногласия? Как мы можем судить, чьи аргументы лучше?

⁶ Так делают экзаменаторы в юридических вузах, ставя оценки за экзаменационные работы. Некоторые люди чувствуют себя некомфортно, употребляя «истинно» и «ложно» таким образом, но рады сказать, что высказывания о праве могут быть «здоровыми» или «необоснованными», а для наших нынешних целей это одно и то же. См. обсуждение скептицизма относительно права в гл. 2 и 7 настоящей работы.

Представляется, что обычные люди в основном не знают о существовании этой проблемы. Кажется, они вообще не осведомлены о теоретических разногласиях относительно права. Публику намного больше занимает проблема верности закону. Политики, колумнисты и рядовые граждане спорят, иногда очень страстно, о том, «находят» ли судьи в важных делах, привлекающих внимание общественности, право или «изобретают» его, и является ли «изобретение» права государственным управлением или тиранией. Но в англо-американских судах проблема лояльности почти никогда не является актуальной. Наши судьи редко думают о том, должны ли они следовать праву, после того как установили, каково оно на самом деле. Дискуссии в обществе на самом деле являются примером, хотя и очень неявным, теоретических разногласий относительно права.

В тривиальном смысле слова судьи, бесспорно, «делают новое право» каждый раз, когда решают важное дело. Они декларируют правило, принцип, ограничение или детализацию, — что сегрегация неконституционна или что рабочие не могут получать компенсацию за травмы, нанесенные коллегами, что никогда официально не провозглашалось ранее. Но обычно они предлагают эти «новые» правовые формулировки в качестве улучшенных описаний того, каким правильно понимаемый закон уже является. Другими словами, они утверждают, что новая формулировка требуется правильным восприятием истинных оснований права, даже несмотря на то, что ранее это не признавалось или даже отрицалось. Так что общественная дискуссия о том, «находят» или «изобретают» право судьи, на самом деле является спором о том, верно ли это амбициозное утверждение. Если некто говорит, что судьи обнаружили противозаконность сегрегации в штатах, то он полагает, что сегрегация была действительно противоправной до решения о ее противоправности, даже несмотря на то, что ни один суд не заявлял об этом ранее. Если он говорит, что судьи изобрели эту часть законодательства, то имеет в виду, что сегрегация ранее не была противозаконной, что судьи своим решением изменили право. Эта дискуссия была бы достаточно ясной — и ответы могли бы быть легко найдены, по крайней мере постепенно, — для каждого дела, если бы все были согласны в том, что есть право, если бы не было теоретических разногласий относительно оснований права. Тогда было бы легко проверить, был ли закон до решения Верховного суда таким, каким его объявило это решение. Но поскольку юристы и судьи имеют теоретические разногласия, дискуссия о том, делают ли судьи право или находят его, — часть этих разногласий, хотя она ничего не дает для их разрешения, так как реальная проблема в ней не выявляется.

ТОЧКА ЗРЕНИЯ «ПРОСТОГО ФАКТА»

Невероятным образом в нашей юриспруденции нет правдоподобной теории теоретических разногласий по поводу права. Философы права, конечно, знают, что теоретические разногласия — это проблема, поскольку сразу неясно, какого рода эти разногласия. Но большинство из них приходят к выводу, который, как мы вскоре увидим, является скорее уходом от ответа. Они утверждают, что теоретические разногласия — это иллюзия, что все юристы и судьи на самом деле согласны относительно оснований права. Я буду называть это точкой зрения «простого факта» на основании права. Вот предварительная формулировка ее основных положений. Право — это только то, что официальные институты, такие как законодательные

органы, городские советы и суды, решили в прошлом. Если кто-то из них решил, что работники могут получать компенсацию за травмы, нанесенные коллегами, то тогда это право. Если он решил противоположным образом, то тогда это право. Так что на вопросы о праве всегда можно ответить, посмотрев в книги, где записаны решения институтов. Конечно, нужна специальная подготовка, чтобы знать, где смотреть и как понимать загадочную терминологию решений. Обычный человек не имеет такой подготовки и не владеет этой терминологией, но юристы имеют и владеют. Поэтому среди них не может быть предметом споров то, допускает ли, например, закон компенсацию за травмы, нанесенные коллегами, если только кто-нибудь из них не делает эмпирической ошибки относительно того, что было решено в прошлом. «Право, иными словами, существует как простой факт, и то, чем право является, никаким образом не зависит от того, каким оно должно быть. Тогда почему же юристы и судьи иногда, как кажется, имеют теоретические разногласия относительно права? Потому что когда они, как кажется, не согласны теоретически по поводу того, каким право является, они на самом деле спорят о том, каким право должно быть. Их разногласия, на самом деле, — это разногласия относительно проблем морали и верности закону, а не права».

Популярность этой точки зрения среди теоретиков права помогает объяснить, почему рядовые граждане, когда задумываются о судах, более озабочены верностью закону, чем тем, что есть право. Если мнения судей в каком-то значительном деле разделяются, то их разногласия не могут быть относительно какой-либо проблемы права, потому что право — это дело «простого факта», легко решаемого знающими юристами. Значит, одна сторона не подчиняется праву или игнорирует его, и это должна быть та сторона, которая поддерживает новое в тривиальном смысле слова решение. Таким образом, вопрос верности закону — это вопрос, который требует общественной дискуссии и внимания бдительных граждан. Наиболее популярное мнение в Великобритании и Соединенных Штатах заключается в том, что судьи должны всегда, в каждом решении следовать закону, а не пытаться его улучшить. Им может не нравиться закон, который перед ними, — он может потребовать от них выселить из дома вдову в снежную бурю, перед Рождеством, но они, тем не менее, должны проводить его в жизнь. Согласно такому распространенному мнению, некоторые судьи не принимают это мудрое ограничение. Втайне — или даже открыто — они гнут закон в угоду своим собственным целям или политике. Они — плохие судьи, узурпаторы, разрушители демократии.

Это наиболее популярный ответ на вопрос о верности закону. Но он не единственный. Некоторые принимают противоположную точку зрения: судьи должны пытаться улучшить право, когда только могут; они всегда должны быть «политиками» в том смысле, в каком это осуждается в первом варианте ответа. С этой точки зрения (точки зрения меньшинства), плохой судья — это негибкий «механический» судья, который проводит в жизнь закон ради него самого, не заботясь о нищете, несправедливости или неэффективности, возникающих в результате. Хороший судья предпочитает справедливость закону.

Обе разновидности точки зрения обычного человека, «консервативная» и «прогрессивная», основываются на академическом тезисе о том, что право — это дело «простого факта», но этот академический тезис в некоторых отношениях более тонок. Большинство рядовых граждан исходят из допущения, что для любого вопроса, который может встать перед судьей, в книгах есть закон, на основе которого этот вопрос можно решить.

Академическая версия точки зрения «простого факта» это отрицает. Право может молчать в рассматриваемом вопросе, потому что никакое прошлое решение институтов ничего не говорит ни за, ни против. Возможно, никакие компетентные институты никогда не выносили решения, согласно которому работники могут (или не могут) получить компенсацию за травмы, нанесенные коллегами. Или закон может молчать потому, что соответствующее институциональное решение сформулировало только расплывчатые указания, провозгласив, например, что владелец жилья должен дать вдове «разумное» время для уплаты за него. В этих обстоятельствах, согласно академической версии, никакое решение не может считаться проведением в жизнь, а не изменением закона. Тогда у судьи нет иного выбора, кроме как использовать усмотрение, чтобы создавать новое право, заполняя пробелы там, где закон молчит, и делая его более определенным там, где он расплывчат.

Ни одна из этих версий не является ограничением точки зрения «простого факта»: право — это всегда дело исторического факта и никогда не зависит от морали. Они только добавляют: в некоторых случаях обученные юристы могут обнаружить, что не имеется вообще никакого права. На любой вопрос о том, каково право, по-прежнему имеется прямой исторический ответ, хотя некоторые ответы и отрицательны. Тогда вопрос верности закону заменяется иным вопросом, столь же отличным от вопроса о праве. Его можно назвать вопросом исправления. Что должны делать судьи в отсутствие права? Этот новый политический вопрос оставляет открытым пространство для различных мнений, разделяющихся примерно так же, как это было в исходном вопросе о верности закону. Ибо судьи, у которых нет выбора, кроме как делать новое право, могут подойти к этому мероприятию с различными амбициями. Должны ли они заполнять пробелы осторожно, сохраняя как можно больше духа «окружающего» права? Или они должны делать это демократически, пытаясь достичь того результата, который, по их мнению, выражает волю народа? Или решительно идя на риск, пытаясь сделать право как можно более справедливым и мудрым, с их точки зрения? Каждый из этих подходов имеет своих сторонников в учебных аудиториях юридических факультетов и среди ораторов, выступающих после ужина в профессиональных организациях. Это — изношенные знамена крестовых походов юриспруденции.

Некоторые юристы-теоретики делают особо радикальные выводы из более тонкой (*sophisticated*) версии точки зрения «простого факта».⁷ Они говорят, что прошлые институциональные решения не просто случайно, но почти всегда расплывчаты, неоднозначны или неполны, часто непоследовательны или даже несвязны. Они заключают, что на самом деле по любой теме или проблеме права нет, есть только судьи, которые используют риторику права, чтобы прикрыть ей свои решения, реально продиктованные идеологическими или классовыми предпочтениями. Тот путь, который я описал (от доверчивого убеждения простого человека, что право везде, до насмешливого открытия циника, что его нет нигде), — это естественный ход мышления, как только мы принимаем точку зрения «простого факта» на закон и следующее из нее утверждение, что теоретические

⁷ Я имею в виду юридических «реалистов», рассматриваемых далее в этой главе, таких как Джером Франк (*Jerome Frank*) (*Law and Modern Mind*. [New York, 1949]) и представители движения «критических правовых исследований», рассматриваемого в гл. 7 (для общей информации см.: *Stanford Law Review*. [1984]. Vol. 38. P. 1-674 (симпозиум по критическим правовым исследованиям)).

разногласия — это на самом деле прикрытая политика. Ибо чем больше мы узнаём о праве, тем больше убеждаемся, что ничто важное в нем не является совершенно бесспорным.

Я должен добавить, что не каждый принимает точку зрения «простого факта». Она очень популярна среди обычных людей и авторов академических текстов, специализирующихся по философии права. Но мыслящие практикующие юристы и судьи, описывая свою работу, отвергают ее. Они могут подтверждать картину «простого факта» как часть формальной юриспруденции, если их спросить достаточно суровым тоном о том, что такое право. Но в более неформальной ситуации они поведут себя иному, более романтическую историю. Они говорят, что право — это инстинкт, а не что-то явно выраженное в доктрине, что его можно выявить только с помощью специальных техник, лучше описываемых импрессионистски, или даже загадочно. Они говорят, что судейство — это искусство, а не наука, что хороший судья умеет соединять аналогию, искусство, политическую мудрость и чувство своей роли в интуитивном решении. Что он «видит» право лучше, чем может объяснить это, так что его мнение в письменном виде, как бы старательно ни было обосновано, никогда не выражает полностью его интуитивного постижения.⁸

Очень часто они добавляют то, что, как им кажется, является скромной оговоркой. Они говорят, что нет правильных ответов, но только различные ответы на трудные вопросы права, что интуитивное постижение, в конце концов, есть нечто субъективное, что оно только кажется правильным, к лучшему или к худшему, отдельному судье в тот день. Но эта «скромность» на самом деле противоречит тому, что они сказали ранее. Ибо когда судьи, в конце концов, решают дело тем или иным образом, они полагают, что их аргументы лучше, а не просто отличаются от противоположных аргументов. Хотя они могут думать об этом со смирением, желая, чтобы их уверенность была сильнее или чтобы у них было больше времени для принятия решения, тем не менее, они верят в это. В этом и в других отношениях романтическое представление об «искусстве» неудовлетворительно; оно слишком неструктурировано, слишком удовлетворено тайнами, его понижающими, чтобы считаться сколько-нибудь разработанной теорией юридической аргументации. Нам нужно наложить дисциплину на идею права как искусства, чтобы увидеть, что структура судебного инстинкта отлична от иных убеждений людей относительно власти и справедливости.

Я пока не предложил обоснований для утверждения, что доминирующая в академической среде точка зрения «простого факта» на право — скорее отговорка, а не теория. Необходимо привести реальные примеры теоретических разногласий, и я скоро их предоставлю. Но если я прав, наши дела плохи. Если у обычных людей, преподавателей юриспруденции, практикующих юристов и судей нет хорошего ответа на вопрос о том, как возможны теоретические разногласия и в чем они выражаются, то у нас нет самых основ хорошего механизма разумной и конструктивной критики того, что делают наши судьи. Ни одна ветвь государственного аппарата не важна так, как суды, и ни одна так плохо не понимается теми, кем управляют. У большинства людей вполне ясные мнения о том, как конгрессмены, премьер-министры, президенты или министры иностранных дел должны выполнять свои обязанности, трезвые представления о том, как на самом

⁸ См., напр.: *Cardozo B. The Nature of the Judicial Process. New Haven, 1921. Esp. P. 165–180.*

деле ведет себя большинство этих официальных лиц. Но народное мнение о судьях и судействе — это вызывающие грусть пустые лозунги, и я включаю сюда и мнения многих практикующих юристов и судей, когда они говорят или пишут о том, что делают. Все это попустыню и не исчерпывает ущерба, причиненного нам. Ибо право интересует нас не только потому, что мы используем его для своих целей, эгоистичных или благородных, но еще и потому, что право — это наш самый структурированный и способствующий познанию социальный институт. Если мы будем лучше понимать природу нашей юридической аргументации, мы лучше поймем, что мы представляем собой как люди.

ПОРОГОВОЕ ВОЗРАЖЕНИЕ

Эта книга — о теоретических разногласиях в праве. Ее цель — понять, каковы эти разногласия, и затем разработать и отстаивать конкретную теорию о должных основаниях права. Конечно, юридическая практика есть нечто большее, чем споры о праве, и данная книга оставляет за рамками рассмотрения многое из того, что также изучает теория права. В ней, например, очень мало говорится об установлении фактической стороны дела. Важно не только то, как судьи решают, имеет ли рабочий законное право на возмещение, когда его коллега уронил гаечный ключ ему на ногу, но и то, как судья или присяжные решают, не уронил ли сам рабочий гаечный ключ на ногу себе, если верить его нанимателю. В этой книге я также не рассматриваю практическую политику судейства, те компромиссы, на которые иногда приходится идти судьям, например, формулируя право несколько иным образом, чем тот, который считают самым правильным, чтобы получить голоса других судей. Здесь меня интересует проблема права, а не основания, которые могут быть у судей, чтобы смягчать свои формулировки права. Мой проект узок и в другом отношении. Он концентрирует внимание на формальном судопроизводстве, судьях в черных мантиях, но это не единственные и даже не главные актеры в юридической драме. Более полное исследование юридической практики уделит внимание законодателям, полицейским, окружным адвокатам, работникам социальных служб, председателям школьных советов, многим другим официальным лицам и таким людям, как банкиры, менеджеры и профсоюзные деятели, которые не называются официальными лицами, но чьи решения также влияют на юридические права их сограждан.

Некоторые критики с готовностью укажут, что наш проект не только неполон в этих различных отношениях, но и ошибочен, что мы неправильно поймем юридический процесс, если будем обращать особое внимание на доктринальные документы юристов о сущности права. Эти документы, как скажут они, затемняют — возможно, даже стремятся затемнить — важную социальную функцию права как проявления и проводника идеологии. Правильное понимание права как социального явления требует, говорят эти критики, более научного, социологического или идеологического подхода, который не уделяет никакого (или почти никакого) внимания затруднениям юриспруденции по поводу корректной характеристики юридических аргументов. Мы должны изучать совершенно другие вопросы, думают они, такие как: насколько и как именно влияет на судей классовое сознание и экономические обстоятельства? Играли ли судебные решения в Соединенных Штатах XIX в. важную роль в формировании особой американской разновидности капитализма? Или эти решения только отражают

изменения и конфликт, но не способствуют первым и не решают второго? Мы отвлечемся от этих серьезных вопросов, предупреждают критики, если, как антропологи, втянутые в теологические диспуты какой-то древней и отсталой культуры, погрузимся в философские аргументы о том, могут ли высказывания о праве права быть спорными, и если да, то почему.

Это возражение несостоятельно в силу своих собственных стандартов. Оно требует социального реализма, но та теория, которая им рекомендуется, неспособна его обеспечить. Конечно, право — это социальный феномен. Но его сложность, функционирование и следствия зависят от одной особой черты его структуры. Юридическая практика в отличие от многих других социальных феноменов *аргументативна*. Каждый участник этой практики понимает, что позволяемое или требуемое ей зависит от истинности некоторых высказываний, которые обретают смысл только внутри практики и благодаря ей; практика состоит по большей части в развертывании этих высказываний и спорах о них. Люди, имеющие право, утверждают, что право позволяет или запрещает; подобные утверждения были бы невозможны (ибо бессмысленны) без права, и значительную часть того, что право открывает о них, можно выявить, только заметив, как они обосновывают и отстаивают данные утверждения. Этот важнейший аргументативный аспект юридической практики может изучаться двумя способами, или с двух точек зрения. Одна из них — это внешняя точка зрения социолога или историка, который спрашивает, например, о том, почему некоторые модели юридической аргументации развиваются в одних обстоятельствах или временных периодах, а не в иных. Другая — это внутренняя точка зрения тех, кто выдвигает эти утверждения. Их интерес, в конечном счете, не является историческим, хотя они могут считать историю релевантной; он — практический, именно так, как это высмеивает нынешнее возражение. Они хотят не предсказаний о будущих юридических утверждениях, но аргументов о том, какие из этих утверждений обоснованы и почему. Они хотят теорий не о том, как история и экономика сформировали их сознание, но о месте этих дисциплин в аргументации, касающейся того, что право требует от них делать или иметь.

Обе точки зрения на право, внешняя и внутренняя, сущностно важны, и каждая должна охватывать или принимать во внимание другую. Точка зрения участника охватывает историческую, когда некоторое правовое высказывание зависит от исторического факта: например, когда вопрос о том, является ли противозаконной сегрегация, зависит от мотивов государственных деятелей, написавших текст Конституции или сегрегировавших школы.⁹ Точка зрения историка в большей степени включает точку зрения участника. Ибо историк не может понять право как аргументативную социальную практику, даже только для того, чтобы отвергнуть ее как вводящую в заблуждение, пока у него нет понимания участника, пока у него нет собственного ощущения того, что считается хорошим или плохим аргументом в этой практике. Нам нужна социальная теория права, но она должна быть теорией юриспруденции именно поэтому (чтобы быть социальной теорией права. — *Прим. пер.*). Теории, игнорирующие структуру юридической аргументации во имя якобы более широких проблем истории и общества, тем самым являются порочными. Они игнорируют вопросы о внутреннем характере юридической аргументации, так что их объяснения бедны и страдают дефектами, как истории математики, написанные на

⁹ Эти возможности рассматриваются в гл. 9–10.

языке Гегеля или Скиннера, но людьми, ее не знающими. Оливер Уэнделл Холмс привел, я думаю, самые влиятельные доводы в пользу такой «внешней» теории права.¹⁰ Наводящая тоску история социально-теоретической юриспруденции в нашем столетии предупреждает нас о том, насколько он был неправ. Мы все еще ждем просветления, и, пока мы ждем, эти теории постоянно становятся все более идеологизированными и менее содержательными, более радикальными в теории и менее критическими на практике.

Эта книга исходит из внутренней точки зрения участников; она пытается ухватить аргументативный характер нашей юридической практики, присоединившись к этой практике и борясь с проблемами действительности и истины, которые встают перед участниками. Мы будем изучать формальные юридические аргументы с точки зрения судьи не потому, что только судьи важны или мы понимаем о них все, замечая, что они говорят, но потому, что судебные аргументы относительно требований права — это полезная модель для изучения главной, аргументативной стороны юридической практики. Граждане, политики и преподаватели права также беспокоятся и спорят о том, что есть право, и я мог бы взять в качестве такой модели аргументы их, а не судей. Но структура судейской аргументации обычно более явна, и доводы в суде оказывают влияние на другие формы юридического дискурса. И влияние это не является полностью взаимным.

РЕАЛЬНЫЙ МИР

Надо передохнуть от пугающей абстрактности этих вводных замечаний! Я попытаюсь показать, как тезис о «простом факте» искажает юридическую практику, и начну с описаний нескольких дел, по которым судьи вынесли решение в Соединенных Штатах и Великобритании. Это знаменитые, по крайней мере среди студентов-юристов, дела, которые продолжают обсуждаться в учебных аудиториях. Я излагаю их здесь все вместе по нескольким причинам. Они служат введением в техническую юридическую терминологию для читателей, не получивших юридического образования. Они дают развернутые примеры для различных аргументов и дискуссий в следующих главах. Я надеюсь, что они дадут почувствовать в более общем плане реальный тон и фактуру юридической аргументации. Последняя причина наиболее важна, ибо, в конце концов, все мои аргументы — заложники чувства каждого читателя относительно того, что происходит и может происходить в суде.

Дело Элмера. Элмер убил своего деда — отравил его — в 1982 г. в Нью-Йорке.¹¹ Он знал, что имеющееся завещание дедушки оставляет ему большую часть наследства, и подозревал, что старик, который недавно вновь женился, изменит завещание и не оставит ему ничего. Преступление Элмера было раскрыто; он был осужден и приговорен к отбыванию наказания в тюрьме. Имел ли он законное право на наследство, оставленное ему в завещании? Согласно завещанию наследниками следующей очереди, получавшими наследство, если бы Элмер умер раньше завещателя, были дочери дедушки. Их имена не отражены в документах, поэтому я буду называть их Гонерилья и Регана. Они подали иск к душеприказчику, требуя,

¹⁰ Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10.

¹¹ Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889).

чтобы собственность перешла к ним вместо Элмера. Они доказывали, что поскольку Элмер убил завещателя, их отца, то закон не дает Элмеру никаких прав на нее.

Право, касающееся завещаний, по большей части сформулировано в особых статутах, часто называемых «статуты завещаний»; они оговаривают ту форму, которую должно иметь завещание, чтобы считаться юридически действительным: сколько и каких свидетелей должны его подписать, каким должно быть умственное состояние завещателя, как действительное завещание, однажды оформленное, может быть отозвано или изменено завещателем и т. д. Нью-Йоркский статут завещаний, как и большинство действовавших в то время, не говорил ничего определенного о том, может ли некто, названный в завещании, наследовать согласно ему, если он убил завещателя. Адвокат Элмера утверждал, что поскольку завещание не нарушает никаких явных положений статута, то оно действительно, и поскольку Элмер назван в действительном завещании, то он и должен унаследовать. Он сказал, что если суд примет сторону Гонерильи и Реганы, то изменит завещание и подменит закон своими собственными моральными убеждениями. Все судьи высшего суда Нью-Йорка были согласны с тем, что их решение должно соответствовать закону. Никто не отрицал того, что если статут завещаний, правильно понимаемый, дает наследство Элмеру, то они должны приказать передать его ему. Никто не сказал, что в этом случае закон должен быть изменен в интересах справедливости. Они разошлись во мнениях относительно того, каким должен быть правильный исход этого дела, но их разногласия — так, по крайней мере, кажется, когда читаешь их мнения, — касались того, каков на самом деле закон, чего требует статут, будучи правильно прочитан.

Как могут люди, перед которыми лежит текст статута, расходиться во мнениях о том, что он на самом деле значит, о том, какое право им создано? Здесь мы должны провести разграничение между двумя значениями слова «статут». Оно может характеризовать определенный физический объект, документ с напечатанными словами, те самые слова, которые конгрессмены или члены парламента имели перед собой, когда голосовали за принятие этого документа. Но это слово может также использоваться для описания закона, созданного принятием этого документа, что бывает намного сложнее. Рассмотрим разницу между стихотворением, понимаемым как ряд слов, которые могут быть произнесены или написаны, и стихотворением, понимаемым как выражение некоей метафизической теории или точки зрения. Все литературные критики согласны, чем является стихотворение «Плавание в Византию» в первом смысле. Они согласны, что это — ряд слов, который У. Б. Йейтс обозначил в качестве такого стихотворения. Тем не менее они расходятся в вопросе о том, что это стихотворение на самом деле говорит или значит. Они расходятся в том, как сконструировать «настоящее» стихотворение, стихотворение во втором смысле, из текста, стихотворения в первом смысле.

Очень сходным образом судьям, перед которыми лежит статут, нужно сконструировать «настоящий» статут — утверждение о том, какую разницу этот статут вносит в юридические права различных людей, — из текста в книге статута. Так же как литературным критикам нужна рабочая теория (или, по крайней мере, способ интерпретации) для того, чтобы создать поэму, лежащую «за текстом», судьям необходимо что-то вроде теории законодательства, чтобы делать это для статутов. Такой подход может показаться очевидным, когда слова в книге статута страдают каким-то семантическим дефектом, например, когда они туманны или неоднозначны.

Но теория законодательства также необходима тогда, когда эти слова безупречны с языковой точки зрения. Слова в статуте завещаний, который фигурировал в деле Элмера, не были ни туманны, ни неоднозначны. Судьи разошлись во мнениях о значении этих слов для юридических прав Элмера, Гонерильи, Реганы, потому что они были не согласны относительно того, как создать настоящий статут в особых обстоятельствах этого дела.

Особое мнение, написанное судьей Греем (*Gray*), выступало в пользу теории законодательства, более популярной тогда, чем сейчас. Ее иногда называют теорией «буквальной» интерпретации, хотя это не особенно проясняющее описание. Она предлагает, чтобы словам статута придавалось так называемое «аконтекстуальное значение», т. е. значение, которое мы придали бы им, если бы не имели особой информации о контексте их использования или намерениях их автора. Этот метод интерпретации требует, чтобы никакие зависящие от контекста и невысказанные оговорки не вносились в общий язык, так что судья Грей настаивал на том, что настоящий статут, истолкованный должным образом, не содержит никаких исключений для убийц. Он голосовал за Элмера.

Студенты-юристы, читающие его мнение сегодня, по большей части относятся с презрением к такому способу истолкования статута на основе текста; они говорят, что это пример механической юриспруденции. Но в аргументации судьи Грея не было ничего механического. Многое можно сказать (и кое-что он и сказал) о таком методе истолкования статута, по крайней мере, в случае статута завещаний. Завещатели должны знать, как будут обращаться с их завещаниями, когда их уже нет в живых, чтобы дать новые инструкции. Возможно, дедушка Элмера предпочел бы, чтобы его собственность перешла Гонерилье и Регане, в случае если его внук его отравит, но, возможно, и нет: он мог думать, что Элмер, даже запятнанный убийством, все же лучший объект для его щедрости, чем дочери. В долгосрочной перспективе для судей может быть мудрее гарантировать завещателям, что статут завещаний будет интерпретироваться так называемым буквальным образом, чтобы завещатели могли делать любые распоряжения, какие хотят, будучи уверенными, что они будут исполнены, какими бы забавными они ни были. Кроме того, если Элмер лишится наследства именно потому, что он убийца, то это еще одно наказание за его преступление, помимо тюремного заключения. Важный принцип юстиции состоит в том, чтобы наказание за то или иное преступление было установлено заранее законодательным органом и не увеличивалось судьями после того, как преступление совершено. Все это (и более) может быть сказано относительно теории судьи Грея о том, как читать статут завещаний.

Однако судья Эрл (*Earl*), выразивший мнение большинства, использовал отличную от этого теорию законодательства, теорию, наделявшую *намерения* законодателей существенным влиянием на реальный статут. «Обычный канон истолкования, — писал Эрл, — заключается в следующем: то, что есть в намерениях создателей статута, в той же мере есть в статуте, как если бы было в его букве; и того, что есть в букве статута, нет в нем, если этого нет в намерениях его создателей».¹² (Отметим, как он полагается на различие между текстом, который он называет «буквой» статута, и реальным статутом, который он называет «самим» статутом.) По его мнению, абсурдно полагать, что законодатели Нью-Йорка, введшие в действие

¹² Ibid. P. 189.

статут завещаний, имели намерения, чтобы убийцы наследовали; по этой причине принятый ими настоящий статут не имеет таких последствий.

Нужна некоторая осторожность при формулировании того, что судья Эрл имел в виду, говоря о роли намерений в интерпретации статутов. Он не имел в виду, что статут не может иметь последствий, не предусмотренных законодателями. Это явно было бы слишком сильно в качестве общего правила: ни один законодатель не может предусмотреть все последствия любого статута, за который он голосует. Законодатели Нью-Йорка не могли предполагать, что люди будут завещать компьютеры, но было бы абсурдным заключить из этого, что статут не охватывает таких завещаний. Он также не имел в виду только то, что статут не может содержать ничего из того, что законодатели не хотели, чтобы он содержал. Последнее кажется более правдоподобным, но также слишком слабо применительно к делу Элмера. Вероятно, законодатели Нью-Йорка вообще не подумали об убийцах. Они не хотели, чтобы убийцы наследовали, но также они не имели в виду, что они не должны наследовать. У них не было никаких действенных намерений ни за, ни против. Эрл полагался на принцип, который можно назвать промежуточным между слишком сильным и слишком слабым принципами: он имел в виду, что статут не имеет никаких следствий, которые законодатели отвергли бы, если бы подумали о них.¹³

Судья Эрл полагался не только на свой принцип намерений законодателей; его теория законодательства содержала и иной релевантный принцип. Он утверждал, что статуты должны интерпретироваться на основе текста не в исторической изоляции, но на фоне того, что он называл общими принципами права: он имел в виду, что судьи должны интерпретировать статут так, чтобы приблизить его, насколько это возможно, к принципам справедливости, предполагаемым в других частях права. Он предложил для этого два обоснования. Во-первых, разумно полагать, что законодатели имеют общее и расплывчатое намерение уважать традиционные принципы справедливости, если только они ясно не обозначат противоположное. Во-вторых, так как статут представляет часть большей интеллектуальной системы, права в целом, он должен истолковываться так, чтобы делать эту большую систему согласованной в отношении принципов. Эрл утверждал, что право во всех других своих частях уважает принцип, согласно которому никто не должен получить выгоду от своего собственного преступления, поэтому статут завещаний должен быть прочитан так, чтобы лишать наследства того, кто для получения его совершил убийство.

Взгляды судьи Эрла победили. Они привлекли на его сторону четырех других судей, в то время как судья Грей смог найти только одного союзника. Так что Элмер не получил наследства. Я буду использовать этот случай как иллюстрацию ко многим различным моментам аргументации, которая будет разворачиваться далее, но важнее всего вот что: спор об Элмере был не о том, должны ли судьи следовать закону или менять его в интересах справедливости. Он был не об этом, по крайней мере, если мы примем за чистую монету мнения, описанные мной выше, и (как я буду доказывать далее) у нас нет оснований понимать их как-то иначе. Это был спор о том, каков закон, о том, что настоящий статут, принятый законодателями, говорит на самом деле.

¹³ С этим промежуточным принципом есть достаточно серьезные проблемы, и мы рассмотрим некоторые из них в гл. 9.

Дело об улиточном дартере. Теперь я опишу, хотя и короче, намного более современное дело, чтобы показать, что судьи продолжают заниматься такими спорами.¹⁴ В 1973 г., когда нация была очень озабочена сохранением видов, Конгресс США принял Акт о находящихся под угрозой исчезновения видах. Он наделил министра внутренних дел полномочиями определять виды, которые будут поставлены под угрозу из-за разрушения мест обитания, критически важных для их выживания, и затем требовать от всех государственных агентств и департаментов предпринимать «действия, необходимые для того, чтобы гарантировать, что действия, одобренные, финансируемые или осуществляемые ими, не ставили под угрозу продолжение существования таких находящихся под угрозой исчезновения видов».¹⁵

Группа экологов из Теннесси выступала против проектов Агентства долины Теннесси (АДТ) по сооружению дамб не из-за какой-то угрозы видам, но потому, что эти проекты меняли географию района, превращая свободно текущие потоки в узкие, уродливые каналы, чтобы увеличить без необходимости (или, по крайней мере, так думали экологи) производство электроэнергии. Экологи обнаружили, что одна почти законченная дамба АДТ стоимостью более чем в сто миллионов долларов, вероятно, уничтожит единственное местообитание улиточного дартера, трехдоймовой рыбки, не особенно красивой и не представляющей особого интереса с точки зрения биологии или экологии в целом. Они убедили министра внутренних дел внести улиточного дартера в число видов, находящихся под угрозой, и начали процесс с тем, чтобы предотвратить завершение строительства и использование дамбы.

Агентство доказывало, что статут не должен интерпретироваться таким образом, чтобы предотвращать завершение или функционирование какого-либо проекта, в значительной степени реализованного до того, как министр издал свое распоряжение. Оно утверждало, что фраза «действия, одобренные, финансируемые или осуществляемые» относится к началу проектов, а не к завершению проектов, начатых ранее. Оно поддерживало это утверждение указанием на различные акты Конгресса, принятые после декларации министра о том, что завершение строительства дамбы приведет к уничтожению улиточного дартера, которые свидетельствовали о том, что Конгресс желал ее завершения, несмотря на эту декларацию. Конгресс выделил средства специально на продолжение проекта уже после того, как министр внес дартера в число видов, находящихся под угрозой, и его различные комитеты особо и многократно декларировали, что не согласны с министром, принимают интерпретацию статута, даваемую агентством, и желают завершения проекта.

Верховный суд, тем не менее, постановил, что строительство дамбы должно быть остановлено, несмотря на большую растрату общественных средств. (Конгресс затем ввел в действие еще один статут, устанавливающий общую процедуру для исключений из Акта, основанный на выводах надзорного комитета.)¹⁶ Председатель Верховного суда Уоррен Бёргер (*Warren Burger*) выразил мнение большинства судей. Его слова напоминали

¹⁴ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U. S. 153 (1978). — Джон Оукли указал на ценность этого дела как главного примера.

¹⁵ *The Endangered Species Act of 1973* (Pub. L. N 93–205, sec. 7, 87 Stat. 884, 892; кодифицировано с поправками в: 16 U. S. C. sec. 1536 [1982]).

¹⁶ *The Endangered Species Act Amendments of 1978* (Pub. L. N 95-632, 92 Stat. 3571; кодифицировано с поправками в: 16 U. S. C. sec. 1536 [1982]).

мнение судьи Грея в деле Элмера: когда текст ясен, суд не имеет права отказываться применять его только потому, что находит результаты этого глупыми. Однако времена меняются, и в одном отношении мнение председателя Верховного суда очень отличалось от мнения судьи Грея. Бёргер признавал релевантность намерений Конгресса для решения о том, какой статут принял Конгресс. Но он не принял принцип Эрла о том, *каким образом* релевантны намерения Конгресса. Он отказался рассматривать тот тест на возможные альтернативы (что статут не имеет никаких следствий, которые законодатели отвергли бы, если бы подумали о них. — *Прим. пер.*), который стал решающим в анализе Эрла. «Не наше дело, — заявил он, — выдвигать предположения, а тем более действовать на основании того, изменил бы Конгресс свою позицию, если бы предвидел конкретные события этого случая».¹⁷

Вместо этого он принял названное мной при рассмотрении мнения Эрла избыточно слабой версией идеи о том, что судьи, интерпретируя статут, должны уважать намерения законодательного органа. Эта версия приходит к следующему: если аконтекстуальное значение слов в тексте ясно — если слово «осуществлять» обычно означает продолжение, так же как и начало проекта, — то суд должен наделять данные слова этим значением, если только нельзя продемонстрировать, что законодательный орган на самом деле имел противоположные намерения. История законодательства, ведущая к принятию Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах, не подтверждает такого вывода, заявил он [Бёргер], поскольку Конгресс явно хотел дать находящимся под угрозой видам высокую степень защиты, даже большой ценой для других общественных целей. Конечно, возможно (или вероятно), что законодатели, руководствуясь такой общей целью, хотели бы спасения улиточного дартера, даже если бы это повлекло огромные затраты в виде построенной впустую дамбы. Он отверг свидетельства из позднейших отчетов комитетов и действия Конгресса, одобрявшие финансирование продолжения строительства дамбы, которые могли бы восприниматься как обозначение реального намерения не жертвовать дамбой ради этого конкретного вида. По его словам, комитеты, выступавшие в пользу дамбы, были, прежде всего, не теми, что принимали Акт, а кроме того, конгрессмены часто голосуют по поводу ассигнований, не рассматривая в полной мере то, законны ли предлагаемые расходы в соответствии с прошлыми решениями Конгресса.

Судья Льюис Пауэлл (*Lewis Powell*) выразил особое мнение от своего имени и от имени еще одного судьи. Он заявил, что решение большинства дало абсурдную интерпретацию настоящего статута на основе текста Акта о находящихся под угрозой исчезновения видах. «Не наше дело, — утверждал он, — исправлять государственную политику или политические суждения законодательной ветви власти, даже если они вопиющим образом вредят общественным интересам. Но там, где, как в данном случае, история статутов и законодательства не обязательно должна интерпретироваться так, чтобы приводить к такому результату, я считаю долгом этого Суда принять позволительное истолкование, согласующееся с некоторой долей здравого смысла и заботы об общем благе».¹⁸ Здесь сформулирована еще одна теория законодательства, еще одна теория о том, как намерения законодателей влияют на статут, стоящий за текстом,

¹⁷ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U. S. 153, 185 (1978).

¹⁸ *Ibid.* P. 196 (особое мнение Пауэлла).

и она сильно отличается от теории Бёргера. Бёргер утверждал, что должен проводиться в жизнь аконтекстуальный смысл текста, невзирая на то, насколько странны или абсурдны могут быть последствия, если только Суд не обнаружит явных свидетельств в пользу того, что Конгресс на самом деле имел противоположные намерения. Пауэлл утверждал, что суды должны принимать абсурдный результат, только если обнаруживают неотразимые доказательства того, что именно *его* имели в виду. Теория Бёргера — это теория Грея, хотя и в менее жесткой форме, которая отводит некоторую роль намерениям законодателей. Теория Пауэлла подобна теории Эрла, хотя в данном случае он заменяет здравым смыслом принципы справедливости, обнаруживаемые в других частях права.

Опять же, если принимать за чистую монету мнения этих двух судей, они не расходились во мнениях относительно каких-либо исторических фактов. Они не расходились во мнениях относительно состояний сознания различных конгрессменов, которые совместно приняли Акт о находящейся под угрозой исчезновения видах. Оба судьи исходили из того, что большинство конгрессменов никогда не думали о том, может ли этот акт использоваться для прекращения строительства почти законченной дорогостоящей дамбы. Не было у них и разногласий по поводу верности закону. Оба принимали то, что Суд должен ему следовать. Они не соглашались друг с другом в вопросе о праве; не соглашались относительно того, как судьи должны решать, какое право создано конкретным текстом, принятым Конгрессом, когда конгрессмены имели те представления и намерения, наличие которых признавали оба судьи.

Дело Маклофлин. И дело Элмера, и дело об улиточном дартере рассматривались на основе статута. Решение в каждом случае зависело от лучшего истолкования конкретного законодательного текста для выявления настоящего статута. Однако во многих судебных делах истец апеллирует не к какому-либо статуту, но к более ранним решениям судов. Он доказывает, что судья в его случае должен следовать правилам, заложенным этими предшествующими случаями, которые, как он утверждает, требуют для него определенного вердикта. Такого рода было дело Маклофлин.¹⁹

Муж и четверо детей миссис Маклофлин пострадали в дорожной аварии в Англии 19 октября 1973 г., примерно в 16:00. Находясь дома, она услышала об аварии от соседа примерно в 18:00 и немедленно отправилась в больницу, где узнала, что ее дочь погибла, и увидела мужа и остальных детей в тяжелом состоянии. Она испытала нервный шок и позднее подала иск против водителя, чья неосторожность привела к аварии, а также против других сторон, в той или иной мере причастных к ней, требуя компенсации за моральный вред. Ее адвокат указывал на некоторые более ранние решения английских судов, присуждавших компенсации людям, испытавшим моральный вред при виде серьезно травмированных родственников. Но во всех тех случаях истцы либо были на месте несчастного случая, либо прибывали туда несколькими минутами позднее. Например, в 1972 г. жена добилась возмещения ущерба и получила компенсацию за моральный вред: она неожиданно увидела тело своего мужа сразу же после его гибели.²⁰ В 1967 г. человек, не являвшийся родственником кого-либо из жертв железнодорожной катастрофы, работал несколько часов, спасая жертв,

¹⁹ *MacLoughlin v. O'Brian* [1983] 1 A. C. 410, отклоняя [1981] Q. B. 599.

²⁰ *Marschall v. Lionel Enterprises Inc.* [1972] O. R. 177.

перенес нервный шок и впоследствии выиграл дело о компенсации.²¹ Адвокат миссис Маклофлин опирался на эти случаи как на прецеденты, как на решения, которые сделали частью права то, что люди в ее обстоятельствах имеют право на компенсацию.

Британские и американские юристы говорят о доктрине прецедента; они имеют в виду доктрину, согласно которой решения по более ранним делам, в значительной степени подобным новому делу, должны быть повторены в новом деле. Однако они различают то, что можно было бы назвать строгой и ослабленной доктриной прецедента. Строгая доктрина *обязывает* судей следовать более ранним решениям некоторых других судов (обычно вышестоящих, но иногда и находящихся с ними на одном уровне в иерархии судов их юрисдикции), даже если они считают, что эти решения неправильны. Формы строгой доктрины варьируются; она различна в Соединенных Штатах и Великобритании и отличается от штата к штату в США. Согласно пониманию строгой доктрины большинством юристов в Великобритании апелляционный суд, который в иерархии следует сразу же за палатой лордов, не имеет выбора, иначе как следовать своим предыдущим решениям, но американские юристы отрицают то, что сравнимые суды в их иерархии связаны таким образом. Юристы в каждой отдельной юрисдикции иногда расходятся друг с другом, по крайней мере в деталях, по поводу применимой к ним строгой доктрины: большинство американских юристов полагают, что нижестоящие федеральные суды абсолютно обязаны следовать прошлым решениям Верховного суда, но эта точка зрения оспаривается некоторыми из них.²²

Вместе с тем ослабленная доктрина прецедента требует только того, чтобы для судьи имели некоторый вес прошлые решения по тем же вопросам; он должен следовать им, если только не считает их достаточно ошибочными, чтобы это перевесило первоначальную презумпцию в их пользу. Эта ослабленная доктрина может охватывать прошлые решения не только судов над судьей или на одном с ним уровне в его юрисдикции, но и судов в других штатах или странах. Понятно, что многое зависит от того, насколько сильной считается исходная презумпция. Здесь опять мнения юристов варьируются от юрисдикции к юрисдикции, но вероятно и то, что они будут варьироваться в пределах одной юрисдикции в большей степени, чем мнения об изменениях в рамках строгой доктрины. Однако любой судья, вероятно, будет придавать больший вес прошлым решениям высших, а не низших судов своей собственной юрисдикции и прошлым решениям всех этих судов, а не судов других юрисдикций. Он вполне может придавать больший вес недавним решениям любого суда, чем более ранним, больший вес решениям знаменитых или влиятельных судей, чем судей посредственных и т. д. Два десятилетия назад палата лордов провозгласила, что строгая доктрина прецедента не требует от нее следовать своим собственным прошлым решениям²³ (до этой декларации британские юристы полагали, что строгая доктрина этого требует). Тем не менее палата лордов придает своим собственным прошлым решениям больший вес, чем решениям нижестоящих судов в британской иерархии, и намного больший, чем решениям американских судов.

²¹ *Chadwick v. British Transport* [1967] 1 W. L. R. 912.

²² См., напр.: *Jaffree v. Board of School Comm'rs*, 554 F. Supp. 1104 (S. D. Ala. 1982) (судья окружного суда отказывается следовать прецеденту Верховного суда), *rev'd sub nom. Jaffree v. Wallace*, 705 F. 2d 1526 (11th Cir. 1983), *aff'd* 605 S. Ct. 2479 (1985).

²³ *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W. L. R. 1234.

Различия во мнениях относительно характера строгой доктрины и силы доктрины ослабленной объясняют, почему некоторые судебные дела являются спорными. Разные судьи в одном и том же деле расходятся во мнениях по поводу того, обязаны ли они следовать некоторому прошлому решению именно по тому правовому вопросу, который сейчас стоит перед ними. Однако нерв спора в деле Маклофлин был не в этом. Какую точку зрения ни принимали бы юристы по поводу характера и силы прецедента, эта доктрина применима только к прошлым решениям, в значительной степени подобным рассматриваемому (как говорят юристы, «в точку»). Иногда одна сторона доказывает, что прошлые прецеденты «очень в точку» (*in point*), но другая отвечает, что эти решения «отличимы» (*distinguishable*), имея в виду, что они отличаются от настоящего дела таким образом, что это выводит их из сферы доктрины. Участвовавший в рассмотрении дела судья, которому миссис Маклофлин первоначально подала иск, решил, что упомянутые ее адвокатом прецеденты о других лицах, получивших компенсации за моральный вред при виде жертв несчастных случаев, «отличимы», потому что во всех тех делах шок был испытан на месте происшествия, в то время как она испытала его двумя часами позже и в другом месте. Конечно, не каждое фактическое различие двух дел превращает прежнее решение в «отличимое»: никто не подумал бы, что значимо то, что миссис Маклофлин младше истцов в более ранних процессах.

Судья, рассматривавший дело, полагал, что травма, полученная вдали от места происшествия, создает важное различие, так как означает, что травма миссис Маклофлин не была «предвидима» так, как травмы других истцов. Судьи и в Великобритании, и в Америке следуют принципу общего права, согласно которому люди, действующие неосторожно, несут ответственность только за разумно предвидимый вред другим, т. е. вред, который разумный человек предвидел бы, если бы подумал о ситуации. Рассматривавший дело судья был связан доктриной прецедента, согласно которой моральный вред близким родственникам на месте происшествия разумно предвидим, но он заявил, что травма матери, увидевшей последствия аварии, таковой не является. Поэтому он полагал, что может отличить предполагаемые прецеденты таким образом, и отклонил требование миссис Маклофлин.

Она подала апелляцию на это решение в следующую вышестоящую судебную инстанцию в Англии — в апелляционный суд.²⁴ Этот суд подтвердил решение судьи первой инстанции — отказал ей в апелляции и утвердил его решение, но не на основании использованных им аргументов. Апелляционный суд заявил, что *было* разумно предвидимым то, что мать бросится в больницу, чтобы увидеть пострадавших членов семьи, и что испытает психологический шок, увидев их в состоянии, в котором она их обнаружила. Данный суд отличил прецеденты не на этом основании, но в силу совершенно иной причины, названной им «соображениями государственной политики», оправдывающими различие. Прецеденты установили ответственность за моральный вред в определенных ограниченных обстоятельствах; как заявил апелляционный суд, признание большей сферы ответственности, включающей вред родственникам не на месте происшествия, будет иметь множество плохих последствий для общества в целом. Это поощрит подачу намного большего числа судебных исков по поводу морального вреда, что усугубит перегруженность судов. Это

²⁴ [1981] Q. B. 599.

откроет новые возможности для мошеннических исков со стороны людей, в действительности не испытавших серьезного морального ущерба, но могущих найти врачей, которые подтвердят, что они якобы его испытали. Это увеличит стоимость страхования ответственности, сделает вождение более дорогостоящим и, возможно, недоступным для некоторых бедных людей. Утверждения тех, кто испытал подлинный моральный вред вдалеке от места происшествия, будет труднее доказать, и неясности судебного процесса могут усугубить их состояние и задержать выздоровление.

Миссис Маклофлин подала еще одну апелляцию, на этот раз в палату лордов, которая отменила решение апелляционного суда и направила дело на новое рассмотрение.²⁵ Решение было единогласным, но их светлости разошлись во мнениях о том, что они называли истинным состоянием права. Некоторые из них заявили, что соображения государственной политики такого рода, как описанные апелляционным судом, могут в некоторых обстоятельствах быть достаточными для того, чтобы отличить линию прецедентов и, таким образом, обосновать отказ судьи распространить принцип этих дел на более широкую сферу ответственности. Но они не считали, что эти соображения государственной политики были достаточно убедительными или хороши в деле миссис Маклофлин. Они не верили в то, что риски быть затопленными судебными делами достаточно серьезны, и заявили, что суды должны быть в состоянии отличить подлинные требования от мошеннических, даже среди тех, кому предполагаемый ущерб был нанесен через несколько часов после происшествия. Они не предприняли усилий сформулировать, когда хорошие соображения государственной политики могут иметь место для ограничения компенсаций за моральный вред, и оставили открытым вопрос о том, могла ли, допустим, сестра миссис Маклофлин в Австралии получить компенсацию за шок, испытанный ей недели или месяцы спустя по прочтении в письме известий о происшествии.

Два члена палаты лордов имели иной взгляд на право в этом вопросе. Они заявили, что для судов было бы неправильным отказывать в компенсации достойным истцам на основании *такого рода* соображений, которые другие лорды-судьи считали достаточными в других обстоятельствах. По их мнению, прецеденты должны рассматриваться как отличимые, только если моральные *принципы*, из которых исходили в более ранних делах, по каким-то причинам не применимы к истцу прежним образом. И как только признано, что ущерб матери в больнице через несколько часов после происшествия разумно предвидим для неосторожного водителя, между двумя случаями невозможно найти никакой разницы в моральном принципе. Перегруженность судов или рост стоимости автомобильной страховки, заявили они, как бы ни было это неудобно для общества в целом, не могут оправдать отказ в реализации индивидуальных прав и обязанностей, признанных и реализованных ранее. Они утверждали, что это неправильный вид аргументов, чтобы быть для судей правовой аргументацией, как бы ни были они убедительны, будучи обращенными к законодателям в качестве аргументов в пользу изменения законов. (Мнение лорда Скармена (*Scarmen*) было особенно ясным и убедительным в этом вопросе.) Спор среди лордов выявил важное различие мнений относительно должной роли соображений государственной политики при решении вопроса о том, какой результат имеют право получить стороны судебного иска.

²⁵ [1983] 1 A. C. 410.

Дело Брауна. После Гражданской войны в США победоносный Север внес поправки в Конституцию, для того чтобы покончить с рабством во множестве его проявлений и последствий. Одна из этих поправок, Четырнадцатая, провозгласила, что ни один штат не может отказать какому-либо лицу в «равной защите закона». После Реконструкции южные штаты, снова получившие контроль над своей внутренней политикой, осуществили расовую сегрегацию многих общественных учреждений. Негры должны были ездить в задней части автобусов и учиться только в сегрегированных школах для негров. В знаменитом деле *Плесси против Фергюсона*²⁶ ответчик доказывал, в конце концов и перед Верховным судом, что эти практики сегрегации автоматически нарушали положение о равной защите. Суд отверг это утверждение; он заявил, что требования этого положения удовлетворяются, если штаты обеспечивают отдельные, но равные условия и что сам факт сегрегации не делает условия автоматически неравными.

В 1954 г. группа школьников-негров в Топике (штат Канзас) снова подняла этот вопрос.²⁷ За прошедшее время многое в Соединенных Штатах изменилось (например, многие негры погибли за родину в недавней войне), и сегрегация многим людям казалась намного более порочной, чем это было во времена дела Плесси. Тем не менее штаты, практикующие сегрегацию, яростно сопротивлялись интеграции, особенно в школах. Их юристы доказывали, что, так как дело Плесси — это решение Верховного суда, данный прецедент должен уважаться. Но в этот раз суд вынес решение в пользу чернокожих истцов. Решение оказалось неожиданно единогласным, хотя это и было куплено ценой мнения, написанного главным судьей Эрлом Уорреном и бывшего во многих отношениях компромиссным. Он сразу не отвергал формулу «отдельные, но равные» и вместо этого опирался на спорные социологические данные о том, что школы, сегрегированные по расовому признаку, не могут быть равными уже по одной этой причине. Нигде не было прямо сказано, что суд отменяет решение по делу Плесси. Было заявлено одно: если нынешнее решение несовместимо с делом Плесси, то последнее отменяется. В практическом плане самым важным компромиссом была формулировка средства судебной защиты, которую получили истцы. Она не приказывала немедленно десегрегировать школы южных штатов, но только (эта фраза стала символом лицемерия и оттяжек) «со всей разумной скоростью».²⁸

Решение было очень спорным, последовавший процесс интеграции — медленным, и для значительного прогресса потребовалось намного больше юридических, политических и даже физических битв. Критики утверждали, что сегрегация, сколь бы предосудительной она ни была с точки зрения политической морали, не является неконституционной.²⁹ Они указывали, что слова «равная защита» сами по себе не решают, запрещена сегрегация или нет, что те конкретные конгрессмены и государственные деятели, которые разрабатывали, принимали и ратифицировали Четырнадцатую поправку,

²⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896).

²⁷ *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. (1954). — В мнении были консолидированы дела о сегрегированных школах в Топике (Канзас), графстве Кларендон (Южная Каролина), графстве Принс Эдуард (Вирджиния) и графстве Нью Касл (Делавер) (347 U. S., 486 N. I.).

²⁸ Эта фраза была употреблена в деле во втором мнении, при решении вопроса о средствах судебной защиты: *Brown v. Board of Education*, 349 U. S. 294, 301 (1955).

²⁹ *Fairman Ch. Forward: The Attack on the Segregation Cases* // *Harvard Law Review*. 1956. Vol. 70. P. 83.

хорошо знали о сегрегированном образовании и явно думали, что эта поправка оставляет его совершенно законным, и что решение суда в деле Плесси является важным старинным прецедентом и не должно быть легко отменено. Это были аргументы о должных основаниях конституционного права, а не о морали или исправлении ситуации: многие из высказывавших их соглашались, что сегрегация аморальна и что Конституция была бы лучше, если бы запрещала ее. И аргументы тех, кто соглашался с решением суда, не были аргументами о морали или исправлении ситуации. Если конституция как юридический документ не запрещала расовую сегрегацию, то решение в деле Брауна было неявной поправкой к Конституции, и мало кто из сторонников этого решения считал, что они поддерживают такую поправку. В этом деле, как и в других рассмотренных делах, спор шел по поводу вопроса о праве. Или так кажется на основании мнения Уоррена, и так казалось тем, кто боролся за или против него.

СЕМАНТИЧЕСКИЕ ТЕОРИИ ПРАВА

Правовые высказывания и основания права. Ранее в этой главе я описывал точку зрения «простого факта» на право. Она состоит в том, что право зависит только от простых фактов истории, что единственными осмысленными разногласиями по поводу права являются эмпирические разногласия о решенном юридическими институтами в прошлом, что названное мной теоретическими разногласиями иллюзорно и может лучше быть понято как спор не о том, каково право, а о том, каким оно должно быть. Приведенные мной дела представляются контрпримерами к точке зрения «простого факта»: споры в них кажутся спорами о праве, а не о морали, верности закону или исправлении ситуации. Поэтому можно сформулировать вызов точке зрения «простого факта»: почему она настаивает на том, что то, что кажется, — всего лишь иллюзия? Некоторые философы права дают удивительный ответ: по их мнению, теоретические разногласия об основаниях права должны быть притворством, поскольку само значение слова «право» делает право зависящим от некоторых конкретных критериев, и любой юрист, который отвергает эти критерии или бросает им вызов, говорит противоречивую бессмыслицу.

Мы следуем разделяемым нами правилам, говорят они, при употреблении любого слова: эти правила устанавливают критерии, наделяющие слово значением. Наши правила для употребления слова «право» привязывают право к «простому факту» истории. Из этого не следует, что все юристы осознают эти правила в том смысле, что могут сформулировать их в четком и всеобъемлющем виде, ибо мы все следуем правилам, заданным нашим обычным языком, которые мы не вполне осознаем. Мы все используем слово «причина» схожим образом — мы согласны в том, какие физические явления стали причиной других, как только узнаем все относящиеся к делу факты. Но большинство из нас не имеет никакого представления о критериях, используемых нами при вынесении этих суждений, или даже о том, как мы применяем критерии вообще. Дело философии объяснить их нам. Это может представлять некоторую трудность, и философы могут не соглашаться друг с другом. Возможно, никакой набор критериев для использования слова «причина» не соответствует обычной практике полностью, и тогда вопрос будет о том, какой из этих наборов лучше всего соответствует ей в целом или лучше всего соответствует главным проявлениям причинности. Объяснение понятия причинности тем или иным философом

должно не только обеспечивать это соответствие, но и быть философски respectable и привлекательным в других отношениях. Оно не должно содержать круга в объяснении (т. е. использовать само это понятие в описании того, как мы его используем) и должно опираться на разумную онтологию. Мы не примем объяснения причинности, апеллирующего к каузальным богам, живущим в объектах. Таким же образом, согласно описываемой мной точке зрения, обстоят дела и с понятием права. Мы все применяем те же фактические критерии при формулировании, принятии и отбрасывании утверждений о том, что есть право, но мы не знаем, каковы эти критерии. Философы права должны выявить их для нас с помощью внимательного изучения того, как мы говорим. Между ними самими могут быть разногласия, но это не ставит под сомнение их общую исходную посылку о том, что мы все действительно разделяем некоторый набор стандартов, касающихся того, как слово «право» должно использоваться.

Философы, настаивающие на том, что все юристы следуют некоторым языковым критериям при суждении о правовых высказываниях, возможно, и не осознавая этого, создали теории, устанавливающие подобные критерии. Я буду называть все эти теории «семантическими теориями права», но само это название требует некоторых пояснений. В течение долгого времени философы права оформляли плоды своего творчества как дефиниции права. Например, Джон Остин (*John Austin*), чью теорию я должен буду вскоре описать, утверждал, что он выявляет «значение» права. Когда философы языка разработали более детальные теории значения, философы права стали осторожнее относиться к дефинициям и вместо этого заявлять, что они описывают «употребление» правовых понятий, подразумевая под употреблением, согласно нашей терминологии, обстоятельства, в которых высказывания о праве рассматриваются всеми компетентными юристами как истинные или ложные. Думаю, это всего лишь изменения в оформлении. В любом случае, я намереваюсь включить теории «употребления» в группу семантических теорий права, как и более ранние теории, которые были в большей степени дефиниционными.³⁰

Юридический позитивизм. Семантические теории полагают, что юристы и судьи используют в основном одни и те же критерии (хотя они скрыты и нераспознаны) при решении вопроса о том, когда правовые высказывания истинны или ложны; они полагают, что юристы на самом деле согласны относительно оснований права. Эти теории расходятся друг с другом в том, какие критерии разделяются юристами и какие основания утверждаются этими критериями. Студентов-юристов учат классифицировать семантические теории согласно следующей приблизительной схеме.

³⁰ Иногда говорят, что цель теорий, которые я называю семантическими, состоит не в том, как можно судить по их названию, чтобы развить теории о значении слова «право», но в том, чтобы обнажить характерные и отличительные особенности права как социального явления. [...] Но это противопоставление само по себе отражает непонимание. Философы, которых я имею в виду, чьи теории описываются на следующих страницах, признают, что наиболее отличительный аспект права как «социального явления» состоит в том, что участники правовых институтов применяют и обсуждают высказывания о праве и придают значение (обычно решающее) тому, принимаются они или отвергаются. Классические теории пытаются объяснить этот главный и всеобъемлющий аспект юридической практики, описывая смысл высказываний о праве (что они означают для тех, кто их делает), и это объяснение принимает вид либо дефиниций права в старом стиле, либо описаний «условий истинности» высказываний о праве (обстоятельств, в которых юристы принимают или отвергают их) в более современном стиле.

Семантические теории, являющиеся наиболее влиятельными, утверждают, что согласно общим критериям истинность правовых высказываний зависит от некоторых точно определенных исторических событий. Эти так называемые позитивистские теории поддерживают точку зрения «простого факта» на право, согласно которой подлинные разногласия относительно права должны быть эмпирическими разногласиями по поводу истории правовых институтов. Однако позитивистские теории отличаются одна от другой в том, какие исторические факты имеют решающее значение, и две их версии были особенно влиятельны в британской юриспруденции.

Джон Остин, английский юрист и преподаватель XIX в., утверждал, что правовое высказывание истинно внутри отдельного политического общества, если оно корректно передает прошлую команду некоторого лица или группы, занимающей в данном обществе позицию суверена. Он определял суверена как некое лицо или группу, чьим командам привычно повинуются и которое не имеет привычки повиноваться кому-либо еще.³¹ Эта теория стала предметом интенсивных и зачастую схоластических дискуссий. Философы права спорили о том, можно ли по поводу некоторых очевидных истинных правовых высказываниях (например, по поводу высказываний о количестве подписей, необходимых для того, чтобы сделать завещание юридически действительным) действительно сказать, что они истинны в силу чьей-то команды. (В конце концов, никто не давал мне или вам команды составлять какое-либо завещание вообще, тем более действительное завещание.) Они также спорили о том, можно ли о какой-либо группе сказать, что она является остиновским сувереном в демократии, такой как США, в которой народ в целом сохраняет право радикально менять форму правления, внося поправки в Конституцию. Однако хотя теория Остина была найдена дефектной во многих деталях и были предложены многие исправления и улучшения, его главная идея о том, что право — это дело исторических решений людей, занимающих должности, наделяющие их политической властью, сохраняет свое влияние в юриспруденции.

Самым важным и фундаментальным новым выражением этой идеи является книга Г. Л. А. Харта «Понятие права», впервые опубликованная в 1961 г.³² Харт отверг остиновское понимание власти закона как грубого факта привычных команд и повиновения. Он заявил, что истинные основания права состоят в принятии сообществом в целом фундаментального господствующего правила (он назвал его «правилом признания»), которое наделяет тех или иных людей или группы полномочиями создавать право. Таким образом, правовые высказывания истинны не просто в силу команд тех людей, которым привычно повинуются, но в силу более фундаментальных причин — в силу социальных конвенций, воплощающих принятие сообществом некоторой системы правил, наделяющих таких людей или группы правом создавать валидные законы. Для Остина высказывание о том, что максимально разрешенная скорость в Калифорнии составляет 55 миль в час, истинно потому, что законодатели, принявшие это право, осуществляют там власть; для Харта оно истинно потому, что народ Калифорнии принял и продолжает принимать систему власти, изложенную в конституциях штата и государства в целом. Для Остина высказывание о том, что неосторожные водители обязаны выплачивать компенсацию

³¹ Austin J. L. 1) *The Province of Jurisprudence Determined* / ed. H. L. A. Hart. New York, 1954; 2) *Lectures in Jurisprudence*. 5th ed. 1885. — См. также: *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* / eds. J. H. Barns, H. L. A. Hart. London, 1970.

³² Hart H. L. A. *The Concept of Law*. London, 1961.

матерям, испытавшим моральный вред на месте дорожного происшествия, истинно в Великобритании потому, что люди, обладающие политической властью, сделали судей своими подчиненными и молчаливо признают их команды как свои собственные. Для Харта это высказывание истинно потому, что правило признания, принятое народом Великобритании, делает декларации судей правом, которое другие наделенные полномочиями официальные лица — законодатели — могут отменить, если пожелают.

Теория Харта, как и теория Остина, породила множество дебатов среди тех, кого привлекает его основная идея. В чем состоит «принятие» правила признания? Многие официальные лица нацистской Германии повиновались командам Гитлера как праву, но только из страха. Означает ли это, что они приняли правило признания, наделяющее его полномочиями создавать право? Если это так, то разница между теориями Харта и Остина ускользает, поскольку тогда не будет различия между группами людей, принимающих правило признания и просто впадающих в осознанную модель повиновения из страха. Если это не так, если принятие означает более, чем просто повиновение, то тогда, как кажется, следует, что в нацистской Германии не было права, что никакие правовые высказывания не были истинны там или во многих других местах, где большинство людей сказало бы, что право там есть, хотя и плохое или непопулярное право. И тогда теория Харта не будет, в конце концов, отображать то, как все юристы используют слово «право». Исследователи были обеспокоены этим и другими аспектами теории Харта, но его ключевая идея о том, что истинность правовых высказываний права некоторым важным образом зависит от конвенциональных моделей признания права, снова получила широкую поддержку.

Другие семантические теории. Позитивистские теории не остались неоспоримыми в классической литературе по юриспруденции. Я упомяну две другие группы теорий, обычно рассматриваемых в качестве их соперников. Первую обычно называют школой естественного права, хотя различные теории, группируемые под этим названием, заметно отличаются друг от друга, и само название не подходит ни одной из них.³³ Если рассматривать их как семантические теории (в гл. 3 я описываю лучший способ их понимания), то они имеют общие черты: они утверждают, что юристы следуют критериям, которые не полностью фактические, но по крайней мере в некоторой степени моральные, чтобы решить, какие из правовых высказываний являются истинными. Самая радикальная теория такого рода настаивает на том, что право и справедливость идентичны, так что никакое несправедливое правовое высказывание не может быть истинным. Эта крайняя теория очень неправдоподобна в качестве семантической теории, поскольку высказывания юристов часто ей противоречат. Например, многие юристы в Соединенных Штатах и Великобритании полагают, что прогрессивное налогообложение доходов несправедливо, но ни один из них не сомневается, что законодательством этих стран доходы действительно облагаются налогом по прогрессивной шкале. Некоторые менее крайние теории «естественного права» утверждают только то, что мораль иногда релевантна для истинности правовых высказываний. Например, они полагают, что, когда статут открыт для различных интерпретаций, как

³³ Исключительно полезное рассмотрение теорий естественного права и обоснование их современной версии см. в: *Finnis J. Natural Law and Natural Rights*. New York, 1980.

это было в деле Элмера, или когда прецеденты не дают решающего ответа, как в деле миссис Маклофлин, та интерпретация, которая превосходит остальные в моральном отношении, является более точной формулировкой права. Но даже эта более слабая версия естественного права неубедительна, если понимать ее как семантическую теорию о том, как все судьи используют слово «право»; судья Грей, как представляется, согласился с судьей Эрлом в том, что право было бы лучше, если бы лишало Элмера наследства, но он не был согласен с тем, что оно, таким образом, действительно его лишает.

Студентов учат, что вторым соперником позитивизма является школа юридического реализма. Реалистские теории были разработаны ранее в этом веке, в основном в американских юридических вузах, хотя движение имело свои отделения и в других местах. Если рассматривать их как семантические теории, то они утверждают, что языковые правила, которым следуют судьи, делают правовые высказывания инструментальными и предсказывающими. Согласно их лучшей версии точное значение правового высказывания — условия, при которых юристы примут это высказывание в качестве истинного, — зависит от контекста. Например, если юрист консультирует клиента о том, что закон позволяет убийцам наследовать, его надо понимать как предсказывающего, что так решат судьи, когда дело поступит в суд. Если судья говорит это в процессе изложения своего мнения, он высказывает другую предсказательную гипотезу: об общем ходе или «пути» права, который наиболее вероятен в этой общей области его решения.³⁴ Некоторые реалисты выражали эти идеи крайне скептическим языком. Они утверждали, что нет такой вещи, как право, или что право зависит только от того, что судья ел на завтрак. Они имели в виду, что не может быть такой вещи, как право, отдельно от подобных предсказаний. Но, даже понимаемый таким образом, реализм остается глубоко неправдоподобным в качестве семантической теории. Ибо для юристов вряд ли является противоречивым (напротив, это вполне обычно) предсказывать, что судьи допустят ошибку относительно права, или для судей — формулировать свою точку зрения на право и затем добавлять, что они надеются и ожидают, что право будет изменено.

Отстаивая позитивизм. Я сосредоточил внимание на юридическом позитивизме, поскольку, как я только что сказал, это та семантическая теория, которая поддерживает точку зрения «простого факта» и то утверждение, что подлинные разногласия относительно права должны быть эмпирическими, а не теоретическими. Если позитивизм прав, то видимость теоретического разногласия относительно оснований права, как в делах Элмера, миссис Маклофлин, в деле об улиточном дартере и деле Брауна, некоторым образом обманчива. В этих делах существовавшие тогда правовые институты явным образом не пришли к тому или иному решению вопроса, так что юристы, употребляющие слово «право» в соответствии с позитивистской доктриной, согласились бы, что не было права, подлежащего обнаружению. Их разногласия, соответственно, должны были быть замаскированной аргументацией того, каким право должно быть. Но можно вновь сформулировать это умозаключение как аргумент против позитивизма. Почему юристы и судьи должны изображать теоретические разногласия в делах, подобных этим? У некоторых позитивистов готов быстрый ответ: судьи делают вид, что спорят о том, каково право, потому

³⁴ См., напр.: *Holmes O. W. The Path of the Law.*

что публика верит в то, что право всегда есть и что судьи всегда должны ему следовать. С этой точки зрения, юристы и судьи систематически по-вторствуют сокрытию истины от народа, чтобы не разочаровывать его или не вызывать его невежественного гнева.

Этот быстрый ответ неубедителен. Остается неясным, почему обман необходим или как он может быть успешным. Если все юристы согласны, что нет имеющего решающее значение права в делах, подобных рассмотренным нами, то почему эта точка зрения не стала частью нашей политической культуры уже давно? А если она не стала — если большинство людей по-прежнему думают, что всегда есть право, которому судьи должны следовать, — почему представители профессии должны бояться исправить их ошибку в интересах более честной судебной практики? В любом случае, как этот обман может срабатывать? Разве для разочарованной стороны не было бы проще продемонстрировать, что на самом деле согласно тем основаниям, о правильности которых каждый знает, не было никакого права? И если обман так легко открывается, зачем беспокоиться о разыгрывании этой шарады? Также в нашей подборке дел нет никаких свидетельств того, что кто-либо из юристов или судей действительно верил в то, что эта линия защиты приписывает им. Многие из их аргументов были бы полностью неуместны в качестве аргументов в пользу исправления или улучшения права; они имеют смысл только как аргументы о том, что судьи должны делать в силу их ответственности проводить в жизнь право таким, как оно есть. Кажется странным описывать Эрла или Бёргера как приверженцев реформы или улучшения; например, каждый из них признавал, что то, что он считает правом, может быть подвергнуто серьезным возражениям с точки зрения честности или мудрости. Они доказывали, что обсуждаемый статут должен интерпретироваться определенным образом, *несмотря на* его очевидные дефекты при такой интерпретации.

Однако как только позитивист признает, что Грей пытался выразить то, чем является право, а не то, чем оно должно быть, он также должен признать, что взгляды Грея на основания права были спорными даже с точки зрения его собственной позиции. Соперничающую позицию Эрла также следует понимать как утверждение о том, чего требует закон (как утверждение о том, что Грей неправ), а не как замаскированный маневр с целью исправления или пересмотра закона. Казалось, в деле миссис Маклофлин судьи апелляционного суда на самом деле думали, что поскольку прецеденты ограничивались моральным вредом на месте происшествия, то нет никакого права относительно морального вреда вдалеке от места события, и что их задача, таким образом, состоит в исправлении или развитии права наилучшим образом с учетом всех факторов. Но иной была точка зрения палаты лордов и совсем иной — лорда Скармена, полагавшего, что он связан принципами, укорененными в прецедентах. Ибо нам известно, что лорд Скармен был согласен с судьями Апелляционного суда в том, что обществу в целом будет хуже, если допустить компенсации в таких обстоятельствах. Различные судьи, разбиравшие дело миссис Маклофлин, не соглашались в вопросе о силе и характере прецедента как источника права, и хотя эти разногласия были незначительными, тем не менее это были разногласия о том, что есть право, а не о том, что должно быть сделано в отсутствие права.

На самом деле нет положительных свидетельств какого-либо рода о том, что, когда юристы и судьи, кажется, расходятся во мнениях относительно права, на самом деле они лукавят. В пользу этой точки зрения нет аргументов, за исключением содержащего круг в доказательстве аргумента

о том, что, если тезис о «простом факте» верен, то они должны это изображать. Однако имеется более тонкий довод в защиту позитивизма, который признаёт, что юристы и судьи в рассмотренных нами делах думали, что у них разногласия по поводу права, но утверждает, что в силу нескольких иной причины подобное самоописание не следует принимать за чистую монету. Этот новый аргумент подчеркивает важность различения между стандартными или основными способами употребления слова «право» и пограничными или полутеневыми его употреблениями. Он утверждает, что юристы и судьи следуют примерно одному и тому же правилу употребления слова «право», и поэтому все согласны, например, относительно максимально допустимой законом скорости в Калифорнии и базовой ставки налога в Великобритании. Однако поскольку правила употребления слов не являются точными и четко очерченными, они допускают полутеневые или пограничные случаи, когда разные люди говорят немного по-разному. Таким образом, юристы могут употреблять слово «право» различным образом в пограничных случаях, когда удовлетворяются некоторые, но не все основания для этого, оговоренные в главном правиле. В соответствии с настоящим аргументом это объясняет, почему они не согласны друг с другом в трудных случаях, подобных рассмотренным нами. Каждый применяет немного отличную версию главного правила, и различия становятся явными в этих особых случаях.³⁵ В этом отношении, продолжается аргументация, наше употребление слова «право» не отличается от употребления многих других слов, которые не вызывают проблем. Например, мы все согласны относительно стандартного значения слова «дом». Тот, кто будет отрицать, что отдельные жилые здания на одну семью на обычных улицах пригорода являются домами, просто не понимает английского языка. Тем не менее есть пограничные случаи. Не все люди точно следуют одному и тому же правилу; некоторые скажут, что Букингемский дворец это дом, тогда как другие — нет.

Эта более тонкая защита позитивизма рассказывает несколько иную историю о нашей подборке случаев, чем «история лукавства» (*finger-crossed story*). Согласно этому новому повествованию, Эрл, Грей и другие судьи не притворялись и не пытались обмануть публику. Они спорили о состоянии права, но их разногласия были «только словесными», подобно разногласиям о том, является ли Букингемский дворец домом. С нашей критической точки зрения, в соответствии с этой защитой лучше считать, что их спор был об исправлении, о том, каким право должно быть, поскольку мы лучше поймем юридический процесс, если будем употреблять слово «право» только для описания того, что находится в ядре этого понятия, т. е. если мы будем употреблять его так, чтобы оно покрывало только правовые высказывания, истинные согласно центральному или главному правилу для употребления слова «право», которое признает каждый, как положения правил дорожного движения. Было бы лучше, если бы юристы и судьи употребляли «право» именно таким образом; кроме того, было бы лучше, если бы никто не спорил о правильной классификации Букингемского

³⁵ Hart H. L. A. 1) The Concept of Law. P. 129–150; 2) Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. P. 593. — Харт полагается на различие между ядром и полутенью, объясняя, почему судьи должны иметь усмотрение для исправления пробелов в статутах, и затем предполагает, что главное правило, используемое любым сообществом для установления такого расширения права, вероятно, само будет иметь полутеневые области, что может породить споры, в которых «все, что добывается успеха, есть успех».

дворца, но вместо этого согласился бы употреблять «дом» одинаковым образом, где только возможно. Итак, позитивизм, обосновываемый этим иным образом, имеет как реформистский, так и дескриптивный характер. В любом случае, это обоснование защищает тезис о «простом факте». Оно рассматривает главный вопрос в каждом из проанализированных нами дел как вопрос исправления, даже несмотря на то, что сами судьи могли не воспринимать это таким образом, и поощряет нас оценивать успешность судей, задавая вопрос о том, как судьи должны разрабатывать новое право, когда некоторое дело не может быть решено применением правил об основаниях права, принимаемых всеми судьями.

Эта новая аргументация в одном отношении подобна истории лукавства: она совершенно не объясняет, почему представители юридических профессий так долго действуют таким образом. Ибо разумные люди не спорят о том, является ли Букингемский дворец домом; они сразу понимают, что это не подлинная проблема, а вопрос предпочтений в употреблении слова с размытыми смысловыми границами. Если «право» действительно подобно «дому», почему юристы должны так долго спорить о том, действительно ли закон дает министру внутренних дел полномочия прекратить строительство почти законченной дамбы для спасения маленькой рыбки, или действительно ли закон запрещает расовую сегрегацию в школах? Как они могли полагать, что имеются аргументы в пользу, по сути, произвольного решения употреблять слово так, а не иначе? Как они могли думать, что важные решения об использовании власти государства зависят от игры слов? Здесь не поможет заявление о том, что юристы и судьи готовы к самообману — потому что они на самом деле спорят о другом вопросе, о политическом вопросе, заключающемся в том, должен ли министр внутренних дел иметь эти полномочия или нужно запретить штатам сегрегировать свои школы. Мы уже заметили, что многие из аргументов судей в поддержку своих спорных утверждений о праве неприменимы к этим прямо политическим вопросам. Так что подобная новая защита позитивизма является более радикальной критикой профессиональной практики, чем это может показаться на первый взгляд. «Защита от лукавства» (*crossed-fingers defense*) представляет судей как лжецов с благими намерениями; «защита от пограничных случаев» (*borderline-case defense*) — как простаков.

Более того, защита от пограничных случаев более чем оскорбительна, поскольку игнорирует важное различие между двумя видами разногласий — различие между пограничными случаями и контрольными, или осевыми, случаями. Люди иногда в спорах говорят так, как это описывает защита от пограничных случаев. Они согласны относительно корректных тестов на употребление некоторого слова в том, что они считают нормальными случаями, но употребляют это слово несколько иначе в том, что все признают пограничными случаями, как в ситуации с дворцом. Однако иногда они спорят об уместности некоторого слова или дескрипции, потому что расходятся во мнениях относительно корректных тестов на употребление этого слова или фразы в *любом* случае. Можно увидеть разницу, вообразив два спора между искусствоведами о том, должна ли рассматриваться фотография как форма или как направление в искусстве. Они могут быть полностью согласны в том, в чем именно фотография подобна или не подобна тем видам деятельности, которые все признают в качестве «стандартных», бесспорных примеров искусства, таких как живопись или скульптура. Они могут согласиться, что фотография не является полностью или в целом видом искусства, так как это разные виды деятельности. Они могут согласиться, что фотография — лишь пограничный случай искусства. Тогда

они, вероятно, также согласятся с тем, что решение, включать фотографию в эту категорию или нет, является, в конечном счете, произвольным, что это надо решить так или иначе для удобства или простоты изложения, но в иных отношениях вопрос о том, «действительно» ли фотография — искусство, не является подлинной проблемой. Теперь рассмотрим совершенно иной вид дискуссии. Одна группа доказывает, что (несмотря на иные мнения) фотография является центральным примером разновидности искусства, что любая отличная точка зрения продемонстрирует глубокое непонимание сущностной природы искусства. Другая группа занимает противоположную позицию, считая, что любое здоровое понимание характера искусства показывает, что фотография полностью за его пределами, что фотографические техники глубоко чужды целям искусства. В этих обстоятельствах было бы совершенно ошибочным описывать такую ситуацию как спор о том, где провести некоторую пограничную линию. Спор будет о том, чем на самом деле является искусство, правильно понимаемое; он выявит наличие у этих двух групп очень разных идей о том, почему даже стандартные виды искусства, которые они обе признают (живопись и скульптура), могут претендовать на это название.

Можно подумать, что второй спор, только что описанный мной, глуп и демонстрирует упадок науки. Но, что бы вы ни думали, споры такого рода имеют место,³⁶ и они отличны от споров первого рода. Серьезным непониманием было бы смешивать их или утверждать, что один из них — лишь частный случай второго. «Утонченная» (*sophisticated*) защита позитивизма неправильно понимает судебную практику именно таким образом. Различные судьи и юристы, спорившие в нашей подборке дел, не думали, что отстаивают маргинальные или пограничные утверждения. Их разногласия относительно законодательства и прецедента были фундаментальными; их аргументы показывали, что они не соглашались не только в том, должен ли Элмер получить наследство, но и в том, почему любой законодательный акт, даже правила дорожного движения и ставки налогов, наделяет правами и обязанностями — все согласны, что они это делают, и согласны не только в том, должна ли миссис Маклофлин получить компенсацию, но и в том, как и почему прошлые судебные решения меняют законодательство страны. Они расходились во мнениях о том, что делает правовое высказывание права истинным не только на границах, но и в ядре. Нашу подборку дел те, кто спорил о них в залах суда, в учебных аудиториях и в юридических обзорах, понимали как осевые случаи, тестирующие фундаментальные принципы, а не пограничные случаи, требующие проведения более или менее произвольной разграничивающей линии.

НАСТОЯЩИЙ АРГУМЕНТ В ПОЛЬЗУ СЕМАНТИЧЕСКИХ ТЕОРИЙ

Если юридическая аргументация в основном или даже частично касается осевых случаев, то все юристы не могут применять одни и те же фактические критерии для решения того, какие правовые высказывания истинны или ложны. Их аргументы в основном или частично должны быть о том, какие критерии должны использоваться. Так что проект семантических теорий, проект «выкапывания» (*digging out*) общих правил на основе

³⁶ *Alpers S. The Art of Describing. London, 1983. P. 243–244.* — См. также цитируемый там материал.

тщательного изучения того, что говорят и делают юристы, будет обречен на провал. Давно готовившийся ему вызов, наконец, созрел. Почему позитивисты так уверены, что юридическая аргументация — не то, чем она кажется? Почему они настолько уверены (хотя все выглядит иначе), что юристы следуют общим правилам употребления слова «право»? Не может быть, чтобы в этом их убедил опыт, ибо опыт учит противоположному. Они говорят, что судебная и юридическая практика — не то, чем она кажется. Но почему же? Симптомы классические, и мой диагноз знаком. Философы — сторонники семантической теории страдают от некоторого блока в сознании. Но что это за блок?

Отметим следующий аргумент. Если два юриста действительно следуют *разным* правилам, употребляя слово «право», используя различные фактические критерии, чтобы решить, когда пропозиция права истинна или ложна, то каждый должен подразумевать нечто отличающееся от того, что имеет в виду другой, говоря о том, что есть право. Эрл и Грей должны подразумевать разные вещи, когда утверждают или отрицают, что право позволяет убийцам наследовать: Эрл — что его основания для права удовлетворяются или не удовлетворяются; Грей же имеет в виду основания свои, а не Эрла. Так что эти два судьи реально не спорят о чем-то, что один отрицает, а другой утверждает. На самом деле их речи проходят мимо друг друга. Их спор бессмыслен самым обычным и раздражающим образом, подобно спору о банках, когда один имеет в виду сберегательные банки, а другой — стеклянные. Что еще хуже, даже когда юристы, кажется, согласны в том, что есть право, их согласие тоже оказывается фальшивым, как если бы два человека, которых я только что вообразил, думали, что согласны в том, что банки в Северной Америке имеются в изобилии.

Эти странные умозаключения должны быть ошибочны. Право — это цветущая практика, и хотя она может иметь пороки, даже фундаментальные, она — не гротескная шутка. Имеют смысл высказывания о том, что судьи должны проводить в жизнь, а не игнорировать право; что граждане должны повиноваться ему, за исключением редких случаев; что официальные лица ограничены в своих действиях верховенством права. Кажется глупым отрицать все это просто потому, что мы иногда расходимся во мнениях о том, каково действительно право. Так что наши философы права пытаются спасти то, что могут. Они хватаются за соломинку: говорят, что судьи в трудных случаях только изображают разногласия о том, что есть право, или что трудные случаи — это только пограничные споры на грани того, что ясно и разделяется всеми. Они полагают, что в ином случае они должны погрузиться в некий правовой нигилизм. Ту логику, которая порождает подобные опустошения (*havoc*), я только что описал: если только юристы и судьи не разделяют фактических критериев оснований права, не может быть никакой значительной мысли или спора о том, что есть право. У нас нет выбора, кроме как противостоять этой аргументации. Это философская аргументация, так что следующая часть нашего проекта также будет философской.