

## СПАМОВАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ, ПРАВО ИЗ ВОЗДУХА И БЕСПОКОЙСТВО О РЕЙТИНГАХ В СВЯЗИ С ТЕМ, ЧТО НИЧЕГО НЕ ПРОИСХОДИТ\*<sup>1</sup>

П. ШЛАГ\*\*

В статье критически анализируется современное состояние американской правовой науки. В начале своих рассуждений автор описывает сцену из фильма «Бесконечное лето» (1966 г.). Именно эта сцена стала отправным пунктом дальнейших авторских рассуждений. Фильм рассказывает о двух серфингистах, которые путешествовали по миру в поисках идеальной волны. Каждый раз, когда они приезжали на очередное место и видели замерший в штиле океан, местные жители говорили им: «Вы все пропустили. Надо было быть здесь вчера...». По мысли автора такое положение дел аналогично состоянию университетской правовой науки: она почти совсем неподвижна. Беспокойство о рейтингах оказалось господствующим эпистемологическим принципом на юридических факультетах США в начале XXI века. Именно в этот момент глубокая неуверенность в целях и задачах высшей школы (вместе с интенсивным превращением ее в корпорацию) привела к получившим

---

\* Перевод с английского языка Е. Г. Самохиной (ya.samohina@gmail.com). Работа впервые была опубликована в: *Georgetown Law Journal*. 2009. N 97. P. 803–835.

\*\* Пьер Шлаг — почетный профессор Университета Колорадо США и именной профессор юриспруденции права (им. Байрона Уайта).

Pierre Schlag — Distinguished Professor of University of Colorado & Byron R. White Professor of Law Jurisprudence.

E-mail: Schlag@colorado.edu

© Pierre Schlag, 2016

© Самохина Е. Г., перевод на русский язык, 2016

<sup>1</sup> Хочу поблагодарить многих людей, которые бесспорно предпочли бы не иметь связи друг с другом, посредством этой статьи. В качестве контекста я предлагаю следующие наблюдения:

Во время эры рок-н-ролла (ок. 1955–1980) молодые люди выработали привычку подражать своим любимым рок-звездам, изображая, будто бы они играют на несуществующей гитаре. Такое поведение стало известным как «воздушная гитара». Ценность этой практики была сомнительна: с одной стороны, воздушная гитара не издавала реального звука, с другой стороны, никто из играющих на воздушной гитаре никогда не брал фальшивую ноту. Это опровержение господствующим эпистемологическим принципам на юридических факультетах в начале XXI в. Именно в этот момент глубокая неуверенность в природе предприятия (вместе с интенсивным превращением высшей школы в корпорацию) привела к получившим широкую огласку попыткам измерить индивидуальные и институциональные вклады в правовую науку путем обращения к различным рейтинговым схемам. Практически все осуждали рейтинги. Практически все им следовали. Представляется, что спамовая юриспруденция и беспокойство о рейтингах являются взаимосвязанными явлениями. Некоторые предположили положительный эффект обратной связи.

широкую огласку попыткам измерить индивидуальные и институциональные вклады в правовую науку путем обращения к различным рейтинговым схемам. Все осуждали рейтинги и все им следовали. Автор делает вывод о том, что «спамовая юриспруденция» и беспокойство о рейтингах являются взаимосвязанными явлениями. Между ними существует эффект обратной связи.

Задаваясь вопросом «может ли быть иначе?», автор анализирует различные аспекты современной американской академической юриспруденции. В конце статьи автор приходит к выводу, что темные стороны современной правовой науки — наличие большого количества управленцев, желающих повысить репутацию своих факультетов, отсутствие интереса у профессорско-преподавательского состава к научной деятельности, посредственность, погоня за рейтингами, состояние неуверенности молодых членов факультетов — скорее всего, приведут только к ухудшению ситуации.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** Теория права, юридическая наука, юридическое образование, культура, эстетика, критические правовые исследования (КПИ), социология права, рейтинги, спамовая юриспруденция.

#### SCHLAG P. SPAM JURISPRUDENCE, AIR LAW, AND THE RANK ANXIETY OF NOTHING HAPPENING

The article critically analyzes the current state of American legal science. At the beginning of his discussions the author describes the scene from the movie “The Endless Summer” (1966). It was this scene that became the starting point for further author’s discussions on modern American legal science. It was a movie about two surfers who traveled the world in search of the perfect wave. As they arrived on the scene of yet another dispiritingly becalmed ocean, every time the locals said, “You missed it. You should’ve been here yesterday”. From the author’s point of view this pretty well describes the state of contemporary legal scholarship: It’s almost totally becalmed. Worry about ratings has become the prevailing epistemological principle in US law faculties at the beginning of the 21st century. It was at this point that deep uncertainty about the goals and objectives of higher education (together with its intensive transformation into a corporation) led to widely publicized attempts to measure individual and institutional contributions to the legal science by referring to various rating schemes. Everyone condemned the ratings and everyone followed them. The author concludes that “spam jurisprudence” and anxiety about ratings are interrelated phenomena. Between them there is a feedback effect.

Asked by the question “can the things be different?”, the author analyzes various aspects of modern American academic jurisprudence. At the end of the article the author comes to the conclusion that the dark sides of modern legal science — the administrators who want to enhance the reps of their schools, mediocrity, the rankings, the status insecurities of young faculty members — are likely to make the situation worse.

**KEYWORDS:** Legal theory, jurisprudence, legal education, culture, aesthetics, CLS, law and society, ratings, spam jurisprudence.

---

В 1969 г. я увидел «Бесконечное лето»<sup>2</sup>. Это был фильм серфингистов о двух парнях (Роберте и Майке), которые путешествовали по миру в поисках идеальной волны. К произведениям высокого искусства он не относился. Да и сюжет был слабый. Но была одна сюжетная линия, которая для моего поколения войдет в историю как одна из величайших линий,

---

<sup>2</sup> На самом деле фильм вышел на экраны в 1966 г.

когда-либо существовавших. На протяжении всего фильма сюжетная линия подводилась к серфингистам Роберту и Майку каким-нибудь местным жителем, когда они приезжали на очередное место бездушно замершего в штиле океана. И каждый раз добродушный местный житель, постоянно и непременно улыбающийся, смотрит на Роберта и Майку и говорит: «Вы, ребята, ре-а-а-а-льно все пропустили. Надо было быть здесь вчера...».

Я останавливаюсь на этом потому, что именно эта линия ворвалась в мою голову прямо перед тем, как я должен был выступать в Гарварде перед молодыми преподавателями юридического факультета. Пожалуйста, поймите, я знаю, что этого никогда не следует говорить молодым поколениям. Это дурной тон. И пока я шел к аудитории, где должна была состояться беседа, я сказал себе: «Ты ни в коем случае не можешь так сказать»<sup>3</sup>.

Но это вырвалось само собой: «Вы, ребята, ре-а-а-а-льно все пропустили. Надо было быть здесь вчера». Ну, не дословно, но достаточно близко. И причина, по которой я упоминаю об этом сейчас, в том, чтобы окончательно уяснить, что я действительно знаю, что этого не следует говорить, и что я собираюсь сказать это снова.

Ребята, вы ре-а-а-а-льно... И причина в том, что в действительности американская правовая наука сегодня мертва — совершенно мертва, еще более мертва, чем когда-либо за последние 30 лет. Она значительно и очевидно мертвее, чем критические правовые исследования в самый мертвый период их существования. Ничего не происходит.

Это правда, что теперь мы творим значительно быстрее, чем когда-либо прежде. Больше работ. Больше конференций. Больше рабочих групп. Больше симпозиумов. Больше блогов. И все быстрее и быстрее. Все больше и быстрее. Более 7000 американских ученых-правоведов<sup>4</sup> приумножают эти разговоры и документы настолько быстро, насколько это возможно. Скорость правовой науки уже сейчас вышла за границы всех чартов.

И тем не менее ничего не происходит<sup>5</sup>.

Как это стало возможным? Короткий ответ заключается в том, что повсюду вокруг нас появилось больше, значительно больше «ничего-не-происхождения», чем когда-либо раньше. Это может показаться странным, но если подумать, это не так. В самом деле, не совсем. Действительно, если угодно, набравшая разгон культура правовой науки производит позитивный ответный эффект на «ничего не происходит»<sup>6</sup>. У кого, в конце концов, до-

<sup>3</sup> Крайне безответственно так говорить со стороны постоянного члена факультета. Я имею в виду этих молодых преподавателей вашего факультета, ищущих вашей помощи; и вот с чем вы к ним идете: «Вы, ребята, реально все пропустили»? Вы не можете так сказать. Это недопустимо. Окончательно и бесповоротно недопустимо.

<sup>4</sup> Association of American Law Schools, Statistical Report on Law Faculty 2007–2008. P. 24 (там сообщается о 7671 постоянном профессоре юридических факультетов).

<sup>5</sup> Что приводит меня в удивление, так это то, где же все эти панкующие профессора права. Что случилось с этим поколением? И где поколение Икс и прогульщики? Я хочу знать. Быстрый ответ: они были отчислены или ушли сами. Несомненно, это правда — но так ли много это объясняет?

<sup>6</sup> Э-э-эй, простите, можно сюда вставить какие-нибудь цитаты?

статочно времени, чтобы заметить пустоту всего этого предприятия? Если говорить более конкретно, кто был бы настолько глуп, чтобы на это указать? Это был бы я...<sup>7</sup>.

Сейчас у меня хватает здравого смысла не останавливаться на том, какие совершенно потрясающие вещи творились 20 лет назад (какими, кстати, в некотором смысле, они и были). Вместо этого я остановлюсь на том, как поистине ужасно обстоят дела сегодня.

Может ли быть иначе?

С одной стороны, я хочу сказать о доминирующей парадигме правовой науки, о том, что она есть на самом деле — институционализованный социальная практика. И не существует особых оснований полагать, что она должна быть отличной от того, чем она является (или становится), просто потому, что некоторые из нас (многие ли из нас?) думают, что она должна быть в целом гораздо более интересной, или поучительной, или политически значимой, или еще какой-нибудь. Правда, что большинство из нас обычно думают о праве или, по крайней мере, о правовой мысли как о разновидности социальной практики, которая восприимчива к серьезной интеллектуальной критике и вопросам<sup>8</sup>. Действительно, мы склонны думать о серьезной интеллектуальной критике и интеллектуальных вопросах как о неотъемлемой части социальной практики права и правовой мысли. Но это только наше представление о предмете. И если мы думаем об этом так, то на самом деле не так много оснований полагать, что это правильно. Никто еще не представил ни одного убедительного доказательства или не предложил ни одного убедительного аргумента, чтобы показать, что данное представление действительно является истинным, или что оно часто оказывается истинным, или что оно хотя бы довольно правдоподобно. Так же как никто не попытался показать, в каком случае оно должно быть истинным и что оно таковым является (что, вполне вероятно, не так).

Что я думаю об этом представлении? Очень просто: я считаю, что отношение серьезных интеллектуальных усилий к правовой практике и правовой мысли многоаспектно (множество отношений), контекстуально (с различных сторон), очень изменчиво (не устойчивое во времени) и, возможно, часто антитетично (вмешательство).

Все это, конечно, делает отношения мысли к практике радикально неопределенными — это не те вещи, которые могут стать полностью известны заранее<sup>9</sup>. Тем не менее, из этой радикальной неопределенности

---

<sup>7</sup> Вероятно, такое уже случилось (см.: *Schlag P. Normative and Nowhere To Go // Stanford Law Review. 1997. N 43. P. 167 ff.*). Вероятно, даже несколько раз: (*Schlag P. Law and Phenology // Harvard Law Review. 1997. N 110. P. 877 ff.*).

<sup>8</sup> Я беседовал с автором настоящей статьи. Вот что он говорит: «Идея профессоров права о том, что право каким-то образом может отвечать серьезным интеллектуальным аргументам, стала возможной благодаря устоявшемуся представлению о праве как об *области идей, теорий и т. п.* Как будто критических правовых исследований никогда не было. Черт, как будто Холмса и Ллевеллина никогда не было».

<sup>9</sup> Можно добавить каких-нибудь ссылок? В самом деле. Я бы хотел сослаться на Дункана Кеннеди. Хотя, к черту ее, эту цитату. Впрочем, вот и она: *Kennedy D. A Semiotics of Critique // Cardozo Law Review. 2001. N 22. P. 1147 ff.*

можно почерпнуть совершенно необоснованную надежду (что я и делаю). Как неисправимый оптимист, я не могу не думать, что, по крайней мере, для некоторых ученых-правоведов было бы так просто отвернуться от доминирующей парадигмы, самостоятельно формировать свою позицию — в одиночку или в составе небольших групп, — и делать что-то интеллектуально поучительное, политически превосходное или эстетически оживляющее<sup>10</sup>. В моем представлении, профессорские должности вечны, дисциплина слаба и нет никакой реальной возможности для интеллектуального эксперимента<sup>11</sup>.

Должно быть несколько ученых-правоведов, которые увлечены и поглощены, которые не сбиты с ног гулом правовой аргументации. Люди, которые пропустили все, — в том смысле, что они выросли в поистине унылые политические/культурные времена<sup>12</sup>. Но которые не пропустили все в том смысле, что они по-прежнему живы. У них до сих пор есть аура<sup>13</sup>.

Теперь я не так мечтателен и понимаю, что это не будет большая группа людей. Но вывод в том, что работа ученого-правоведа все еще может быть (если кто-нибудь сделает так) одной из последних действительно величайших работ на Земле<sup>14</sup> — работой, на основании результатов которой можно на самом деле решить, о чем думать, о чем писать. Все это означает, что нет веской причины для простого подражания господствующим парадигмам правовой науки. Никаких веских причин<sup>15</sup>.

Но, кажется, я боюсь, что многие люди следуют доминирующей парадигме просто потому, что... ну, это доминирующая парадигма. Это то, чем занимаются все остальные. У меня возникает ощущение, что для большинства людей в правовой науке в наши дни не существует четкой концепции того, какой правовая наука должна быть или чем она должна заниматься (или концепции чего-либо подобного)<sup>16</sup>. На пути к независимой исследо-

<sup>10</sup> Мои отношения с автором настоящей статьи становятся несколько напряженными (см. сноски 3–6 выше). Мне кажется, что он не выражает себя так хорошо, как мог бы. Я также думаю, что некоторые из его идей несостоятельны. Я не считаю, что мы совместимы.

<sup>11</sup> А под «экспериментом» автор на самом деле понимает «девиацию». А за девиацию, конечно же, следуют санкции. Вы приходите в ярость. Вам назвали имена. Черт возьми, самого автора называют параноиком и неразумным. Автор говорит, что все это ничего не значит. Он также говорит, что его называли поверхностным нигилистом, пустым деконструктивистом, сторонником критических правовых исследований, сыном критических правовых исследований, постмодернистом, правовым реалистом, романтиком, рационалистом, гиперрационалистом, разочаровавшимся рационалистом, постструктуралистом, комиком, сатириком, несносным человеком, бунтарем и т. д. Он отмечает, что ни одно из этих имен ему не подходит, — он простой парень. Говорит, что ему приходилось водить машину. Сам колет дрова. По сути прагматик.

<sup>12</sup> *Messud C. The Emperor's Children*. New York, 2006.

<sup>13</sup> Аура? АУРА? Что такое аура? И с каких пор мы стали использовать слово «аура» в юридических изданиях?

<sup>14</sup> Эта идея принадлежит Саре Кракофф.

<sup>15</sup> Да, конечно, кроме той, о которой автор настоящей статьи писал двумя абзацами выше.

<sup>16</sup> Да, как будто у него она есть. Дайте передохнуть. Вот что он говорит: «Если очень грубо, то я бы сказал, что из правовой науки вытекают два вида деятельности. К первому будет относиться все то, что направлено на всевозможное нетривиальное восстановление верований, практик, информации, которые имеют отношение к праву. Второе

вательской программе стоит не так много, например, «у меня есть что сказать... и я хочу сказать им». Получается, что правовая наука превращается в упражнение в подражании. Правовая наука, чем бы она ни была, — это то, чем занимаются все другие ученые-правоведы. Не так много сложностей в критической оценке того, является ли ценным то, «чем занимаются другие ученые-правоведы», почему и как. Вместо этого люди в научном сообществе просто презюмируют, что правовая наука (понятая здесь, как то, чем занимаются другие ученые-правоведы) имеет некоторую оправдывающую ее интеллектуальную, или политическую, или моральную ценность.

На данный момент я не уверен, что она такую ценность имеет. Это, конечно, вызывает затруднительный вопрос: «В сравнении с чем?». Лучше ли для ученых-правоведов следовать доминирующей парадигме в качестве противоположности тому, чтобы... ничего не делать? Консультировать? Заниматься журналистикой? Играть в видеоигры? Мое «по сравнению с чем?» (для целей этой статьи) состоит в оптимистичном убеждении, что некоторые (многие?) ученые-правоведы могли бы заниматься научной деятельностью гораздо более интеллектуально интересными, политически полезными, эстетически оживляющими способами, если бы они отказались от господствующей парадигмы.

Я могу полностью ошибаться на этот счет. Может быть, как уже было сказано выше, единственное, что мы можем сказать о правовой науке, так это то, что она есть то, что есть. Может быть, с учетом нынешнего положения дел в правовой науке, мы делаем только то, чего можно ожидать. Может даже оказаться, что отклонение от доминирующей парадигмы является нежелательным (положение могло бы еще ухудшиться). В некотором

---

будет охватывать те виды творческой деятельности, которые направлены на переосмысление способов понимания и создания права». Я спросил автора настоящей статьи: «А что вы скажете об обычном определении науки?» Цитирую его ответ: «Наука — это стремление к исследованиям как в сфере искусств и гуманитарных областях, так и в точных науках, и во всех этих областях наука означает *глубокое владение предметом*, часто получаемое в процессе обучения в учреждениях высшего образования». Я заметил, что взял это определение с безупречно авторитетного для ума ресурса: <http://en.wikipedia.org/wiki/Scholarship> (дата обращения: 01.01.2007). Он отметил, что это определение уже не существует (дата обращения: 30.12.2008). Я сказал, что такое же определение можно найти по ссылке <http://www.nationmaster.com/encyclopedia/scholarship> (дата обращения: 30.12.2008). Вот что он ответил: «Само по себе виртуозное и мастерское владение предметом не является наукой. Виртуозное и мастерское владение предметом в письменной форме является тем, что мы обычно называем диссертацией. Многие ученые никогда не выходят за рамки собственного опыта. Написав хорошую диссертацию, они берут ее за образец научной деятельности и посвящают свою жизнь написанию диссертаций. Эти работы милосердно называют университетскими монографиями. Важным отличием диссертации от монографии является то, что у последних действительно крутые обложки и на монографии частенько пишут рецензии. До сих пор «диссертационная болезнь» в основном была проблемой других факультетов университета (не юридического факультета). Но диссертационная болезнь начинает появляться и на юридическом факультете с той порой, как мы стали стремиться к большей междисциплинарности. Что же касается вашего определения науки, взятого с «Википедии», это просто демонстрация торжества профессионалов. Это торжество профессиональных навыков как преобладающей модели знания и знания как преобладающей модели понимания окружающего мира и права».

смысле, весьма вероятно, оно ухудшится. Но, вероятно, не во всех отношениях, и не обязательно для всех.

И вот я пишу эту статью. Я собираюсь делать три дела сразу. (Это не означает три полностью отдельные части.) Первое: я попытаюсь показать, что доминирующая парадигма принципиально неинтересна с интеллектуальной, политической и эстетической точек зрения. Второе: я попытаюсь сделать краткий набросок некоторых существенных черт, которые делают эту доминирующую парадигму (неминуемо) неинтересной. Третье: я сделаю предположение о том, что следование доминирующей парадигме является экзистенциально бедным и опустошающим занятием. Это не жизнь. Это просто жанр. И не очень хороший.

Вы можете сейчас сказать, что это не хитрое дело. Все спроецировано на выработку мотивации, направленной на отказ от доминирующей парадигмы. В этом заключается моя риторическая стратегия в данной статье. Я надеюсь, что к тому моменту, когда вы завершите чтение этой статьи, вы начнете думать, что участие в доминирующей парадигме не очень-то достойно вашего времени или усилий и, возможно, даже уважения. Я также надеюсь, что вы начнете думать о написании чего-то еще — чего-то менее опустошающего жизнь.

Конечно, я понимаю, что у меня нет надежды убедить никого, кроме, может быть, очень небольшого количества людей, которые являются маргиналами, которые почему-то недовольны правовой наукой и которые чувствуют, что, может быть, она не такая, какой могла бы быть.

Статья адресована тем людям, которые начали задумываться — в чем же смысл? Во всем этом не так много космологического смысла. Но, вероятно, есть более скромный экзистенциальный смысл — к примеру, в чем же смысл занятий правовой наукой?

Каков мой ответ? Вы должны внести смысл сами. Так же как юристу требуется клиент для того, чтобы иметь дело, вам нужно привнести что-то в правовую науку для того, чтобы сделать ее чем-то стоящим. Потому что пока вы не вложите значимых экзистенциальных усилий в творение правовой науки, она не будет иметь смысла. Думайте о ней как о жанре. Она имеет не больше смысла (на самом деле, вполне возможно, что даже меньше), чем другие жанры, скажем, роман или стихотворение.

В наши дни поклонники доминирующего жанра утверждают, что правовая наука направлена на освоение и производство знаний, устранение ошибок, распространение добра и т. д. Но это всего лишь утверждения-образы. Насколько мне известно, никто никогда не представил каких-либо убедительных аргументов в подтверждение того, почему участие в преобладающей форме правовой науки само по себе нравственно хорошо, интеллектуально респектабельно, политически желательно, эстетически оживляюще, или по какой-то другой причине является достойным занятием, на которое стоит потратить жизнь<sup>17</sup>. Никто<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Все верно, а также никто никогда не объяснял, почему следует пользоваться вилкой, но вы же не ищете того, кто может заявить об авторстве этой идеи?

<sup>18</sup> Вот что автор настоящей статьи хочет, чтобы я сказал по этому поводу: «Есть, конечно, такие толкователи, как судья Гарри Т. Эдвардс, которые чествуют тот вид не-

Конечно, есть люди, которые заявляют, что это входит в их должностную инструкцию и, следовательно, является их обязанностью. Но это неверно: часть должностной инструкции (академическая свобода и прочее) заключается в том, чтобы быть способным развивать свою собственную научную программу.

## I. ПРЕВОСХОДСТВО В ПОСРЕДСТВЕННОСТИ

Что ж, начнем с относительно бесспорного момента: я просто приму как истину то, что мы, ученые-правоведы, тайно подозреваем, однако страстно желаем отрицать, что правовая мысль — это не высшая математика. Просто не высшая математика: объединение дел (разъединение дел), определение их структуры (теории), сплетение их с тем или иным хорошо известным аргументом (юридическая защита), обращение внесудебного опыта в юридически познаваемый материал («ЮПМ») — в общем, это просто не та вещь, которая требует демонстрации большого интеллектуального мастерства или допускает ее.

Это не означает, что юристы когнитивно неполноценны. Они такими не являются. Также нельзя сказать, что для практического применения права или размышления о нем не требуется интеллект. Несомненно, он требуется. Нужно сказать, однако, что как бы мы ни были одарены интеллектом, работая над тем, что мы называем правовой мыслью, в конце концов, это всего лишь правовая мысль, которая (как оказалось) влечет за собой некоторые очень серьезные ограничения относительно того, чего можно достичь посредством интеллекта. Правда, существует множество очень хороших и быстрых ходов, которые можно сделать в игре. И одаренность помогает. Быстрый ум выделяется. Опыт имеет значение. Поэтому, пожалуйста, не поймите неправильно: я не говорю, что юристы когнитивно неполноценны.

Раз уж мы утверждаем те вещи, о которых я не хочу говорить, вот еще одна такая вещь: я не хочу сказать, что всякая мысль о праве посредственна. Я также не хочу сказать, что размышление о праве (в силу предмета) порождает посредственность. Это явно не соответствует действительности. Но у нас есть та доминирующая парадигма правовой мысли, которая вскоре приобретет законченный вид и которая на самом деле погружена в посредственность. Хотя, если взглянуть на это с юмором, она в целом направлена на посредственность высшей пробы.

Я подозреваю, что большинство профессоров права, включая нас с вами, надеялись на что-то лучшее. Давайте будем откровенны в этом.

---

удачной правовой науки, о котором я здесь говорю, на том основании, что такая наука якобы полезна судам» (по-видимому, апелляционным) (см., напр.: *Edwards H. T. The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession // Michigan Law Review. 1992. N 91. P. 34 ff*). Конечно, на самом деле это фантастический аргумент для того, кто убежден, что помощь нашим апелляционным судам (интересно, могли бы мы это назвать сделанной работой в интересах государства?) является действительно стоящим занятием (Работая над правом. Работая над правом).



Главная мечта ученых-правоведов состоит в том, чтобы орудовать интеллектом как силой для достижения чего-то хорошего.

Три удара.

Но все-таки это довольно постыдная мечта. И это не было всем, что ожидалось: доминирующая парадигма, казалось, обещала, что если бы только кто-то один достиг успеха, т.е. достиг успеха в рамках доминирующей парадигмы, все бы сбылось.

Неверно.

Или, по крайней мере, неверно для своего времени. Почти всегда приходится жертвовать хотя бы одним из ключевых понятий: интеллект, сила или добро. И даже в этом случае трудности встают на пути.

В немалой степени здесь дело в посредственности. Но только не в любом виде посредственности. О хорошей правовой мысли грустить не приходится. Мы говорим здесь о посредственности высшего класса. О безжалостной посредственности. О схоластике — этой высоко разработанной, тщательно изготовленной посредственности.

**А. Достоинства превосходства в посредственности.** Посредственность, как правило, не заслуживает похвалы — особенно в такой отрасли с претензией на интеллектуальность, как право. Тем не менее мы не должны допустить, чтобы отрицательный заряд одного-единственного термина («посредственность») оказал влияние на наш анализ. В конце концов, мы могли бы легко заменить «посредственность» более мягким словом — такими терминами, как «здоровый смысл», «разумный» или «хорошо обоснованный», — каждый из которых звучит гораздо лучше, чем «посредственность», и на самом деле широко используется в университетской бюрократии и в рекламных письмах как условие для поощрения оцениваемой научной деятельности.

Кроме того, мы должны четко учесть и возможность того, что правовая мысль — это та вещь, где посредственность до странности функциональна<sup>19</sup>. Бывают такие отрасли. Здесь я имею в виду «Желтые страницы». Они предназначены для того, чтобы содействовать наиболее среднему потребителю (читай: среднему посредственному разуму) настолько эффективно, насколько возможно. Поэтому «Желтые страницы» требуют отличного воспроизведения таксономии товаров и услуг для наиболее среднего потребителя (как ни крути — посредственной таксономии). Дизайнер «Желтых страниц» должен стремиться к имитации определенного вида

---

<sup>19</sup> Автор настоящей статьи попросил меня сослаться на наблюдения сенатора Хрушкры относительно необходимости судов обладать долей посредственности — вот такие мне дали инструкции. Хрушка — это сенатор из Небраски, который в ответ на жалобы о том, что Карсвелл — кандидат, выдвинутый Никсоном на должность в Верховном суде, — оказался бестолковым, заметил: «Даже если он посредственный, есть много посредственных судей, и людей, и юристов. Разве они не имеют права получить небольшое представительство и немного шансов?». Я сделаю одолжение автору и дам ссылку. Нет, все-таки не дам. Я спросил автора: «Вы считаете, что посредственность нуждается в своем представителе в Суде?» Он сказал... нет, я не могу процитировать это, но это было что-то типа «это не такая уж проблема». Невероятно! Я пытаюсь заручиться поддержкой редакторов. Пока безуспешно. Как часто и происходит.

таксономической посредственности в самом лучшем виде<sup>20</sup>. Конечно, ключевым различием между дизайнером «Желтых страниц» и ученым-правоведом является то, что последний часто чувствует себя обязанным остаться во «внутренней перспективе» — принять точку зрения участника правовой системы<sup>21</sup>. Это приводит к различного рода затруднениям, например: должен ли ученый-правовед быть посредственным в среде посредственности; или только в некоторых аспектах посредственности? Дизайнеры «Желтых страниц» в общем не работают под таким тяжелым бременем. Они могут, таким образом, очень умело достигать посредственности.

Обратите внимание, что стоит только задуматься, и оказывается, что огромное количество современных профессий в одинаковой степени посвящены выработке своего рода превосходства в области посредственности: рекламодатели, редакции, ведущие ток-шоу на радио, производители блокбастеров — все они должны быть в состоянии продемонстрировать совершенство своей посредственности.

Названные профессионалы, я думаю, присоединятся к этой точке зрения. Действительно великолепная реклама находится на высокой середине кривой нормального распределения соответствующих потребителей. Действительно хороший издатель находится на высшей точке кривой нормального распределения соответствующих подписчиков газеты. Совершенство в посредственности является важной чертой этих искусств. И я не думаю, что рекламодатели или журнальные авторы почувствовали бы себя оскорбленными, если бы мы сказали им, что в своей работе они демонстрируют совершенство в посредственности и на самом деле стремятся к достижению высшей степени посредственности. Вопрос в том, что подумают профессора юриспруденции<sup>22</sup>?

**В. Тирания двух кривых колокола**<sup>23</sup>. Обратите внимание, что за пределами реальности нет особой причины, по которой ученые-право-

---

<sup>20</sup> Конечно, даже автору придется признать, что дизайнеры «Желтых страниц» должны в какой-то момент стараться подражать внутренней перспективе пользователя. Я это подметил, не правда ли? И очень хорошо подметил, я бы сказал.

<sup>21</sup> Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1961. P. 86–88.

<sup>22</sup> Вы можете поверить в ту чушь, которую заставляет меня писать этот парень? Он говорит мне, что «превосходство в посредственности» — это своего рода оксюморон. Но потом он имеет смелость сказать, что социальные и интеллектуальные практики могут быть организованы в виде оксюморонов. Прекрасно. Что-то вроде порыва ветра из-под воды, не правда ли? Он сказал: «Право, конечно, может очистить себя. Но может и обложаться». Невероятно.

<sup>23</sup> *Bell curve* — кривая колокола (англ.). В данной работе автор опирается на два значения этого термина, популярные в американской академической среде. Первое заключается в том, что по принципу колоколообразной кривой построена американская система оценки достижений студентов и присуждения научных степеней; второе — отсылает к книге «Колоколообразная кривая: Интеллект и классовая структура американского общества», написанной в 1994 г. американскими психологом Ричардом Херрнстейном и политологом Чарльзом Мюрреем (*Herrnstein R. J., Murray Ch. The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*. Free Press, 1994). Книга построена вокруг тезиса о том, что на формирование человеческого интеллекта оказывают значительное влияние наследственность и непосредственное окружение, а также что уровень интеллекта позволяет лучше прогнозировать многие параметры биографии личности, в том числе уровень доходов, карьерный рост, законопослушность и семейное

веды (как и дети озера Уобегон<sup>24</sup> или выпускники Йельской медицинской школы) не должны быть выше своего сообщества. Юридические факультеты, как и другие организации, входящие в университет, имеют высокие амбиции — «превосходство» почти всегда является начальным стандартом для награды в виде постоянной должности.

Тем не менее можно заподозрить, что высоких институциональных амбиций недостаточно, чтобы опровергнуть кривую колокола. Я подозреваю, что «превосходство» для юридических учебных заведений в 02 138 или 06 520 не означает одно и то же, что, скажем, превосходство в 93 301...<sup>25</sup>

Это нежелательные новости. Представьте себе, если бы была правда в рекламе, размещенной в брошюре юридического факультета: «Добро пожаловать на юридический факультет Бичхеда! Вы сделали правильный выбор! Состав нашего факультета — поистине прекрасные педагогические. Большинство из них являются умеренно компетентными. Кроме того, жилье — не проблема».

Право не одиноко в своем почтении к кривой колокола: каждая дисциплина, каждый факультет, каждый университет *prima facie* подпадают под кривую колокола. В смысле, используемом в кривой колокола, ответственность является не случайностью, но закономерностью<sup>26</sup>.

Это — неинтересная кривая колокола. Я упоминаю об этой колоколообразной кривой только для того, чтобы уйти от нее в сторону. Все дисциплины, по-видимому, являются предметами этой кривой колокола, т. е. такой кривой, которая говорит о распределении потенциала и компетентности среди персонала дисциплины.

Более интересная идея относится к характеру или организации дисциплины в целом. Некоторые дисциплины могут быть направлены на достижение или оценку производительности на верхнем конце кривой (действительно превосходная часть). В музыке мы слышим больше о Моцарте, чем о Сальери. В философии — более о Канте, чем о Баумгартене.<sup>27</sup> Несколько дисциплин, которые я могу вспомнить, направлены на нижний

---

благополучие, чем социоэкономический статус родителей или уровень образования. — *Прим. пер.*

<sup>24</sup> В рассказах известного теле- и радиоведущего Гаррисона Кейлора — вымышленный город, расположенный в штате Миннесота. — *Прим. пер.*

<sup>25</sup> ...что отсылало бы в Бейкерсфилд, Калифорния (где до сих пор нет юридических факультетов, получивших аккредитацию в Американской Ассоциации юридических факультетов, и поэтому там не приходится говорить о достижениях).

<sup>26</sup> ...нельзя не сказать, что я должен напомнить автору настоящей статьи о том, что невозможно попытаться изменить форму кривой и даже преуспеть в этом или получить свою собственную кривую, чтобы смотреться лучше, чем кривая соседнего юридического факультета. Я сказал это. Он игнорирует меня.

<sup>27</sup> «А как же культурология? Это не совсем Моцарт или Кант, не правда ли?» Вот что сказал автор настоящей статьи: «Культурология фокусируется на популярных объектах или маргинальных субъектах, но она это делает в рамках терминов, заданных теоретически. Можете быть уверены, что книга об «Отбеливающих полосках для зубов», изданная издательством университета, будет не только про отбеливающие полоски. Фактически она может вообще быть не про отбеливающие полоски (что, конечно, очерчивает новый круг проблем)».

конец кривой<sup>28</sup>. Другие дисциплины (право оказывается одной из них) могут быть направлены на воспроизводство в средней части кривой (хотя и в высокой средней части).

## II. ТЕОРИЯ ПЛАЧЕВНОГО СОСТОЯНИЯ

Почему это происходит? Ниже я предлагаю несколько ответов, среди которых: отсутствие выдающихся текстов/методологии, господство судебной аргументации, невозможность освободиться от обыденного понимания и культурных норм и многое другое.

**А. Юриспруденция в+<sup>29</sup>.** Некоторые вещи не нуждаются в подтверждении, хотя о них необходимо время от времени упоминать. Одной из таких вещей является наблюдение судьи Познера о том, что в праве нет выдающихся текстов (Пальсграф?<sup>30</sup> Комментарии Блэкстона?<sup>31</sup> «Понятие права»?<sup>32</sup>), нет выдающихся методов (сравнительный анализ ущерба?<sup>33</sup> Доктрина контролирующей инстанции?<sup>34</sup>), и оно не имеет выдающихся вопросов (Законность судебного надзора? Когда следует использовать правила и когда стандарты?)<sup>35</sup>.

Конечно, верно то, что юридические вопросы часто имеют очень важное значение, но такими же являются и войны, и эпидемии, но они не наделяют движения войск и размножение клеток санкцией на интеллектуальное совершенство. Фактически бывает и такое, что генералы могут быть умными и ум часто помогает. Но от этого мало толку: интеллект требуется для многих вещей (мелкое правонарушение, выборы студенческого старосты и т. д.). Точно так же интеллект часто очень нужен для написания хорошего заключения или для подготовки хороших доказательств, или для

---

<sup>28</sup> Правда, я очень старался помочь автору настоящей статьи: я пытался размышлять о видах деятельности, которые стремятся к нижней части кривой. Это виды деятельности, направленные на своего рода нищенское существование. Наиболее подходящим кандидатом является индустрия моды, которая время от времени продвигает ширпотреб.

<sup>29</sup> Должен отметить, что В+ является результатом раздувания качества.

<sup>30</sup> Речь идет о судебном решении по делу *Пальсграф против Железной дороги Лонг-Айленда* (*Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 248 N. Y. 339, 162 North Eastern Reporter, 99 (N. Y. 1928), принятая в Апелляционном суде Нью-Йорка Бенджамин Кардозо, известным судьей, ученым и фигурой, сыгравшей ключевую роль в становлении общего права в Америке. — *Прим. пер.*

<sup>31</sup> Имеется в виду работа Уильяма Блэкстона (1723–1780) «Комментарии к законам Англии» (*Blackstone W. Commentaries to the Laws of England (1765–1769)*). — *Прим. пер.*

<sup>32</sup> Работа Г. Л. А. Харта «Понятие права» (*Hart H. L. A. The Concept of Law*). — *Прим. пер.*

<sup>33</sup> Comparative Impairment Analysis — метод, используемый в американской юридической практике в случае конфликта законов двух штатов, регулирующих порядок назначения наказания за правонарушение. — *Прим. пер.*

<sup>34</sup> Доктрина контролирующей инстанции (англ. — *controlling case doctrine*) — положение о том, что правило, сформулированное судом первой инстанции и не оспоренное в апелляции, становится прецедентом. — *Прим. пер.*

<sup>35</sup> *Posner R. Remarks at Association of American Law Schools Conference* (Jan. 5, 1991); перепечатано: Myers, At Conference, Posner Lambasts Academics for Weak Scholarship // *National Law Journal*. Jan. 21, 1991. P. 4 ff. (Р. Познер — судья Седьмого апелляционного округа США).

написания хорошей статьи для юридического журнала. Но все это ничего не значит: тот факт, что интеллект дает людям, наделенным им, преимущество в любом предприятии, которое они бы ни затевали, мало что говорит о посредственности или совершенстве самого предприятия.

**В. Право из воздуха.** Итак, не имея ни выдающихся текстов, ни сложной методологии, ни великих вопросов и не имея больше ничего, обладающего фундаментальной интеллектуальной ценностью, юридическая дисциплина организована как своего рода мимикрия, в частности, как имитирование судебных идиом, заданий, жестов, профессиональной безопасности и т. п.<sup>36</sup>.

Статья в юридическом издании — это имитация заключения специалиста<sup>37</sup> или судейского мнения. Есть, конечно, некоторые важные отличия. Статья в юридическом издании обычно более замысловата, тщательнее подготовлена, более отстранена от реальности и более абстрактна. Что интересно, она написана не от лица какого-то клиента, не на стадии рассмотрения дела, без даты судебного слушания и не адресована никому в отдельности. Сейчас мы говорим о праве из воздуха. Таким образом, можно с уверенностью сказать, что статьи в юридических изданиях в силу случая и по логике вещей довольно далеки от любых реальных рисков, за исключением разве что карьеры автора и нескольких других людей. В отличие от заключения эксперта или судейского мнения статья в общем не учитывается в существующей сети официальных властных актов.

И все же, несмотря на эти поразительные различия, стандартная статья в юридическом издании близка к форме заключения эксперта и судейского мнения<sup>38</sup>. В самом деле, статья юридического издания (заключение эксперта) начинается с изложения вниманию читателя притязаний автора (обоснование подачи иска в данную юрисдикцию), за которым следует постановка вопросов (изложение сущности дела). Далее мы устанавливаем фактический контекст (изложение фактических обстоятельств), выстраиваем юридические аргументы (юридическая аргументация) и заканчиваем единым нормативным предписанием (требования о предоставлении судебной защиты).

Даже междисциплинарные исследования обычно подчиняются этой легалистской форме. Данный вид исследований порой избегает защитной направленности, верховенства легалистских аргументов и заботы о судебных проблемах, но нечасто. И почти никогда он не избегает эквивалента требования о предоставлении судебной защиты, т. е. нормативного пред-

<sup>36</sup> По мнению автора, юриспруденция прославляет мимикрию, идущую под лозунгом «внутренняя перспектива».

<sup>37</sup> Заключение специалиста (здесь англ. *legal brief*, или *amicus brief*, или *brief of the friends of the court* — заключение друзей суда). Имеется в виду мнение лица, обладающего специальными знаниями относительно предмета спора, но не являющегося стороной по делу. — Прим. пер.

<sup>38</sup> *Rubin E.* The Practice and Discourse of Legal Scholarship // Michigan Law Review. 1998. N 86. P. 1835 ff. (описание и критика «единства дискурса» среди ученых-юристов и судей).

писания: «И следовательно, суд должен или законодатель должен, или мы должны, или дух времени должен...».

Тот факт, что правоведение как научная дисциплина заключается в имитации правовой аргументации, происходящей между судьями и адвокатами, означает, что состояние *их аргументации* оказывает ключевое влияние на совершенство нашей собственной посредственности. Это не очень хорошие новости. Судебная аргументация не является интеллектуально назидательной. Она не предназначена для этого. Совсем наоборот: судебная аргументация во многом является интеллектуально скованной и сковывающей.

Почему?

**С. Потребности в легитимации.** Судьи должны часто легитимировать свои решения перед широким кругом адресатов: перед другими судами, клиентами, заинтересованными сторонами, интеллигенцией, прессой и широкой публикой<sup>39</sup>. Некоторые из этих сторон могут иметь довольно изощренное представление о праве. А некоторые нет<sup>40</sup>.

Потребности в судебной легитимации не являются постоянными во всех контекстах. Существуют области права, настолько удаленные от любых конвенционально нагруженных моральных, политических или экономических рисков, что потребности в легитимации очень низки. Более того, в некоторых контекстах адресаты являются настолько искушенными и владеющими вопросами права («шарящими» в вопросах права), что суды могут развернуть вполне сложный и эзотерический дискурс. Точно так же некоторые аспекты статутного и действующего права настолько насыщены специальными терминами, что понимание их широким кругом лиц исключено. Но чаще всего суды должны стремиться обосновать законность своих решений перед неискушенной публикой<sup>41</sup>. Таким образом, суды должны

---

<sup>39</sup> *Boyd White J. The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression. Boston, 1973.* — Я правда не знаю, почему здесь оказалась эта цитата, но я был полностью уверен, что ее никто не заметит. Кроме того, с этого момента я буду писать все, что захочу. И еще я решил, что буду называть себя «Даниэль».

<sup>40</sup> Вот стих, над которым я сейчас работаю:

Сады из тумана на небесах.  
Юриспруденция завязла в зубах  
Где Нью-Йорк?

© Даниэль (30 декабря 2008).

<sup>41</sup> Этот процесс редко является непосредственным. Напротив, есть множество таких групп, как адвокатура, СМИ, говорящие головы экспертов, служащих для того, чтобы перевести судебную аргументацию в плоскость всеобщего понимания. Если бы автор хоть что-либо знал, он бы дал ссылку на Алексиса де Токвиля. Это как раз то, что сделает Даниэль. Вот он (и, кстати, это не заслуга автора): «В Соединенных Штатах практически нет такого политического вопроса, который бы рано или поздно не превращался в судебный вопрос. Вот откуда у политических партий появляется необходимость в своей судебной полемике пользоваться и идеями, и языком, заимствованными у правоведов. Большинство государственных деятелей — это настоящие или бывшие правovedы, в свою работу они привносят свойственные им обычаи и образ мысли. Существование суда присяжных приобщает к этому все классы. Юридическая терминология, становясь привычной, входит в разговорную речь. Дух законности, родившись в учебных заведениях и судах, постепенно выходит за эти пределы, проникает во все слои общества, до

(и часто это делают) прибегать к довольно упрощенным представлениям о социальной и экономической жизни при вынесении решений. Грубо говоря, судебная аргументация часто использует общераспространенные понятия о причинности, выборе, согласии, принуждении и т. д., и т. п. Неудивительно, что эти общераспространенные понятия — определяющиеся в основном массовой культурой — часто оказываются интеллектуально пустыми.

Получается, что судебная аргументация чудовищно редко восприимчива к интеллектуальным достижениям социальных и гуманитарных наук. Не то чтобы она обязательно должна быть восприимчивой: понятно, что судьи не могут отбросить общераспространенные представления просто потому, что они показали себя интеллектуально устаревшими. Это ограничение на интеллектуальные возможности не представляется проблемой для судей и юристов. Но оно представляет собой проблему для ученых-правоведов. В той степени, в которой они включены и мыслят в рамках грамматики и семантики судебной аргументации, их интеллектуальные возможности остаются крайне ограниченными.

**D. Фактичность права.** Есть еще одна важная причина для судов говорить общераспространенными идиомами. Решения судов должны «вливаться» или «постепенно проникать» в социальное и экономическое устройство. Это означает, что судебское мнение обязательно должно в некотором смысле соединяться с социальными институтами и представлениями социума на определенной территории<sup>42</sup>.

По крайней мере, порядок и постановление должны обладать способностью к реализации (к тому, чтобы быть воплощенными в реальность). Меры, которые устанавливает суд, должны получить способность материального воздействия на социальное устройство. Это означает, что суд зачастую должен следовать за сложившимися представлениями о материальной организации социальной реальности. В самом деле, социальная идентичность и отношения, свойственные определенному месту — материально и социально, — фактически являются рычагами, посредством которых право воплощается и проникает в социальное устройство.

Опять-таки общераспространенное понимание социальных институтов и отношений часто производит впечатление интеллектуальной чуждости и, возможно, непоследовательности. Учтите, что, согласно опросу, проведенному в 1997 г., 61 % американцев верит, что Бог творит чудеса<sup>43</sup>.

---

самых низших, и в итоге весь народ целиком усваивает привычки и вкусы судей» (*Tocqueville A. de. Democracy in America. Harvard University Press, 1863. P. 357–358*).

<sup>42</sup> Положение о том, что судебское мнение обязательно должно в некотором смысле соединяться с социальными институтами и представлениями социума на определенной территории, заслуживает большего внимания (в самом деле, оно достойно целого полноправного эссе), но не в этом месте. Вместо этого см.: *Sontag E. Continuity and Disjuncture in Judicial Rhetoric* (в печати).

<sup>43</sup> *High Personal Contentment, Low News Interest* (22.12.1997). <http://people-press.org/report/99/high-personal-contentment-low-news-interest> (ссылка на данные опроса, проведенного в 1997 г. церковным исследовательским центром).

Подавляющее большинство верит в существование ангелов<sup>44</sup>. Эти виды сложившихся верований не внушают большого доверия к интеллектуальному богатству общераспространенных представлений. В то же время это не означает, что судьи и другие должностные лица могут отказаться от общераспространенных представлений просто потому, что им больше нравится «Нью-Йоркское книжное обозрение» (что, в любом случае, не тянет на правду)<sup>45</sup>.

**Е. Правила редукционизма.** Судьи должны принимать решения. Они должны решать. Их мыслительный процесс, таким образом, стремится к монизму, к последней строке решения, гласящей: «Решение в пользу истца», или «Оставить решение в силе», или опять-таки «Как постановил суд». Судьи могут брать под стражу, они могут отказать в удовлетворении притязаний, они могут удовлетворить притязания — они могут все что угодно. Но одного они не могут сделать — это не решать. Судья не может написать: «Мы не знаем, имеем ли мы компетенцию на рассмотрение дела. Решено».

Сталкиваясь с состязанием несоизмеримых величин, судьи при помощи юристов, экспертов и присяжных должны каким-то образом превратить его в дуалистический спор соизмеримых величин. Сталкиваясь с биполярным спором соизмеримых величин, судьи должны принять решение в пользу одной из сторон и превратить биполярные требования в единое решение. Таким образом, происходит движение от плюрализма к монизму через дуализм. В судебном процессе можно увидеть метаморфозы. Судебное разбирательство (когда оно идет по всем правилам) обычно двигается к более узкой и точной артикуляции правовых и фактических вопросов, которые подлежат разрешению. Поскольку различные действия в рамках гражданского процесса и предоставление доказательств осуществляются спорящими сторонами, проводится тщательная очистка оспариваемых правовых и фактических вопросов. Замена форм проходит от множества к монизму через биполярность. Эта замена осуществляется при помощи обращения к авторитетным правовым материалам, представления правовых аргументов, осуществления правовой интерпретации, конструирования и реконструирования фактов (и т. д.).

Вопрос, конечно, в том, как реализуются эти метаморфозы от плюрализма к монизму через дуализм. Характерными техниками, используемыми судьями, являются отрицание, редукция, абстракция, эссенциализация и проч.<sup>46</sup>.

Судьи, конечно, вряд ли являются единственными людьми, задействованными в подобных риторических операциях. Интеллектуалы, по-

---

<sup>44</sup> Там же.

<sup>45</sup> Джон Харт Эли однажды мягко намекнул на это Рональду Дворкину. Эли предположил, что судьям, возможно, не стоит следовать «Нью-Йоркскому книжному обозрению» (см.: *Ely J. H. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980. P. 58).

<sup>46</sup> Ну что ж, это действительно мило. Вперед, парень: точно, они сейчас перейдут на твою сторону!



литики и маркетинговые отделы делают это постоянно. Важно сосредоточиться здесь не на самих фактах отрицания, редукции, абстракции, эссенциализации и т. д. — эти риторические операции встречаются повсюду. Вместо этого необходимо оценить цели, для достижения которых данные риторические операции приводятся в действие, и способы, которыми они осуществляются.

Дело в том, что описание должностных обязанностей судей сильно отличается от описания должностных обязанностей интеллектуалов. Последние обычно стремятся к чему-то вроде «истины» или «назидания» (какими бы проблемными эти понятия ни стали позже). Когда интеллектуалы отрицают, редуцируют, абстрагируют и эссенциализируют, они видят перед собой данные цели. Судьи же могут быть заинтересованы в «истине» или «назидании» (верю, что в общем так оно и есть), но не в качестве самоцели. Истина и назидание ценятся судьями, но только до той степени, в которой они служат цели вынесения приговора, решения, приказа и постановления. Это важно. Нельзя сказать, что судей не заботят истина или назидание. Скорее, истина и назидание являются подчиненными проблемами. Судьи работают в рамках аргументации (и при помощи аргументации), которая в течение веков подчиняла истину и назидание (в любом глубоком смысле этих терминов) отправлению правосудия, разрешению споров, принятию решений, формулировке приказов и постановлений и очистке от завалов судебных дел.

И возможно, именно так должно и быть (это вопрос «истины против добра»). Но несложно увидеть, что по прошествии нескольких веков при таком положении дел судебная аргументация, которую судьи пропагандировали и которая в конечном счете была реализована, будет сосредоточена на закрытии данного вопроса — истина и назидание будут сведены к рангу второстепенных факторов.

Тогда мы также должны рассмотреть, каким образом достигается редукция от плюрализма к монизму через дуализм. В этом есть конструктивный аспект, как, впрочем, и деструктивный.

Можно подумать о судебной аргументации как о тщательно разработанном, многовековом механизме, созданном для превращения плюралистической неразберихи в отдельные решения. Как пишет Роберт Кавер, судьи являются юриспатическими деятелями (*jurispathic actors*). «Противостоя пышному расцвету сотен правовых традиций, они утверждают, что *только это* — право, и уничтожают или стараются уничтожить все остальное»<sup>47</sup>. Стороны вынуждены «переводить» свои истории и притязания в правовые идиомы. Они вынуждены усвоить правовую онтологию, ее категории, причинно-следственные цепочки и символические ассоциации. Истории и притязания должны соответствовать формальным лимитам самого права, его языку, авторитетным доктринам, политике и принципам.

<sup>47</sup> Cover R. M. The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative // Harvard Law Review. 1983. N 97. P. 4, 53.

Это описание редукционизма судебной аргументации является довольно резким и не сильно популярным среди ученых-правоведов. Понятно почему. В той степени, в которой ученые-правоведы строят свою мысль по модели судей и в той степени, в которой судьи являются юриспатическими деятелями, научное подражание судебной аргументации, по всей видимости, становится сомнительным делом.

Соответственно, ученые-правоведы стремятся описать упрощенный образ судебной аргументации в более снисходительных терминах — как дискурсивный процесс. Они описывают судебную аргументацию (или, по крайней мере, научную версию судебной аргументации) как «переговоры» или какой-то иной, также поднимающей настроение метафорой. Подобные представления о процессе вынесения судебного решения как о «переговорах», конечно, более привлекательны, чем взгляд Кавера на право как на последовательность юриспатических действий. Раз уж метафора «переговоров» имеет некоторую привлекательность, могу предположить, что здесь уместно будет некоторое предупреждение. Если процесс вынесения судебного решения есть вид переговоров, то следует помнить о том, что это весьма необычный вид переговоров. Они начинаются с рассылки повесток, их посещение обязательно, такие переговоры проходят под угрозой обвинения в неуважении. И если кому-то потребуется напоминание, то агенты государства, обладающие наиболее обширными полномочиями в области принуждения, всегда неподалеку.

Тем не менее, как я говорил, у метафоры переговоров есть некая привлекательность. Судебная аргументация не просто последовательность юриспатических действий. Редукция права не может быть чисто формальной: некоторая свобода действий, некоторая игра, некоторые уступки должны допускаться, если судьи хотят продемонстрировать разумное осознание ими социальных и экономических реалий, которые они стараются урегулировать. Если бы судьи были полностью неразумными в осмыслении этих социальных и экономических реалий, их решения были бы глупыми и неэффективными (какими, в самом деле, иногда являются решения наших судей, наиболее приверженных формализму).

Если юридические решения будут осмысленными и эффективными, тогда, чтобы все встало на свои места, необходимо, чтобы такие решения признавали и следовали за социальными реалиями, которые они стремятся разрешать и регулировать. Фактически это означает, что материальное и процессуальное право должно делать возможным разумное понимание социального контекста. В свою очередь, это подразумевает открытость как для интерпретации фактических установок, так и для тех специальных знаний, которые сделают возможным разумное понимание социального контекста.

В то же время, конечно, эта открытость для интерпретации имеет специальную миссию — сделать возможным и помочь легитимировать решение для той или иной стороны. Таким образом, существует диалектическая связь между потребностью в разумном понимании споров, переданных на судебное рассмотрение, и потребностью принять легитимное

решение. Обе эти потребности являются и взаимно противоречивыми, и взаимодополняющими.

Вот где состояние невроза может оказаться полезным. По всей вероятности, здесь имеется в виду сложная таксономия или расширенная методологическая рефлексия. Уходя от невроза, приходится противостоять перспективе, находящейся в центре напряженности, в результате чего легко допустить ошибку. С одной стороны, понимание может быть настолько сложным, всеобъемлющим и открытым, что суд будет не в состоянии сформулировать риторически убедительное решение. В действительности способность самого судьи к принятию решения может оказаться парализованной<sup>48</sup>. С другой стороны, можно представить себе, что суд начинает анализ материалов дела непосредственно перед принятием решения. Подобная процедура приведет к отказу в вынесении решения, или, буквально, — к отказу принять во внимание доводы проигравшей стороны.

Риторическая острота явно требует своего рода компромисса. Но компромиссом всем не угодишь. Аудитории различаются в зависимости от потребностей в сложности, широте и открытости. И это не значит, что, достигнув середины пути, оказываешься в безопасности. Можно стремиться к середине пути и потерпеть довольно очевидную неудачу и на стадии легитимации, и на стадии интеллектуального понимания дела.

Неудивительно, что после нескольких столетий соприкосновения с диалектикой открытости/закрытости и понятных опасений, связанных с ее согласованием, колебания судебной аргументации между открытостью и закрытостью были закреплены в самом законе. В самом деле, диалектика открытости/закрытости проявляется снова и снова, хотя и под разными лозунгами, в разных пределах и на разных уровнях абстракции:

Закрытость v. Открытость

Право v. Равенство

Правила v. Стандарты

Формальное право v. Свободное право

Формализм v. Реализм

Тождественность v. Различие

Эссенциализм v. Антиэссенциализм

И т. д., и т. п.<sup>49</sup>.

Важно запомнить, что в праве заложена асимметрия для подобного рода споров. Открытость содействует закрытости (но не наоборот). Судьи не конструируют формальных схем, благоприятствующих интересным антропологическим изысканиям нашей культуры. Ситуация обратная: они участвуют в антропологическом изыскании (если вообще участвуют) только в той степени, в которой это изыскание служит обеспечению и легитимации их решения.

<sup>48</sup> Можно сослаться на трагический случай судьи Верховного суда Виттекера, который с большим трудом принимал решения, но это не будет ни хорошо, ни правильно, поэтому мы так делать не будем.

<sup>49</sup> Автору настоящей статьи нравятся списки. Я бы хотел увидеть, как он перейдет на форму конспекта. Это добавит мне работы. Он говорит, что я не понимаю (как будто в это можно поверить).

Таким образом, существуют жесткие ограничения применительно к тем способам, которыми судья воспринимает поставленные перед ним проблемы. Он или она начинают анализ с неизбежно усеченного и упрощенного понимания ситуации. Категории и правила судебной аргументации не позволяют поступать никак иначе. Итог несколько удручает: в той мере, в которой ученые-правоведы строят свои теории и работы на судебной аргументации, будут действовать жесткие интеллектуальные ограничения.

Причина проста: часто социальные и экономические споры, с которыми имеют дело судьи, неразрешимы. Тем не менее судьи должны внести решение и придать ему авторитетный вид. Но как это происходит? Как можно приступить к решению неразрешимого спора и закончить его уверенным решением в пользу одной из сторон? Предположительный ответ: не посредством достойных уважения интеллектуальных средств. Но, опять же, судьи не несут ответственность за интеллектуальную честность — по меньшей мере, в первую очередь. Как юридические деятели, ответственные перед обществом и индивидами, они должны также нести моральную и политическую ответственность.

Когда правоведы имитируют судебную аргументацию, они действуют в пределах языковой вселенной, устроенной таким образом, который с необходимостью позволяет избежать интеллектуального назидания, задуть и заткнуть его. Интеллект может быть пущен в ход в разработке аргументации судей. Но как структурную проблему важно понимать то, что в рамках данной аргументации есть еще так много всего, что требует доработки. Грубо говоря, это то же самое, что беседовать с действительно пронизательной воспитательницей детского сада. Она действительно пронизательна. Но все же это воспитательница детского сада.

**F. Post-mortemism.** Есть еще одна причина, по которой право как дисциплина завязло в посредственности. Многое из основной критики, выдвинутой за последние сто лет, остается без ответа по сей день. Кое-что из этой критики убедительно. Кое-что я бы охарактеризовал как разрушительное — критика, которая, возможно, должна была бы спровоцировать в наших рядах широкомасштабное переосмысление выбора карьеры или последовательную попытку переместить нашу постоянную должность профессора в более почетный угол университета<sup>50</sup>.

Такому широкомасштабному исходу еще только предстоит случиться<sup>51</sup>. Есть, конечно, ученые, которые тихонько прекратили писать. Есть

---

<sup>50</sup> На самом деле это скромно умалчивается. Но фактически во многом каждая дисциплина в рамках социальных и гуманитарных наук подвергалась сокрушительной критике. И критика продолжается. Более того, если посмотреть на непроверенные предположения, лежащие в основе любой дисциплины, то окажется, что те же самые предположения составляют весьма противоречивый предмет какой-то другой дисциплины. Это перевернутая разновидность интеллектуальной схемы Понци. В общем, вы спросите, понимаю ли я, о чем треплет этот парень. Кроме того, я решил поменять имя на Брюс Акерман.

<sup>51</sup> По-видимому, «» уже было (см. сноску 50). Я возвращаюсь к Даниэлю (см. сноску 40). Ко всему прочему я хочу добавить, что я — сноска-гей. Фактически я буду первой сноской-геем, когда-либо появлявшейся в американском юридическом издании. На

и те, кто пристрастился к выпивке или, в менее антиобщественном духе, к садоводству или орнитологии<sup>52</sup>. Но большинство все еще зависает здесь. Что же они говорят по поводу критики?

Во-первых, немного. В общем и целом критика игнорируется. Когда она не может быть проигнорирована, правоведа пускаются в отрицание или игры в бремя доказывания («Ну, критика не до конца обоснованна...») или же они признают и избегают ее, отмечая: «Да, критика обоснованна, но верховенство права, или судебная практика, или федерализм, или все что угодно — это неизбежно или уже написано в книгах и, следовательно, мы просто должны продолжать в том же духе... как и раньше». Все это понятные ответы. Все они отчасти мотивированы и обоснованы отождествлением правоведа и судьи. В конце концов, невозможно представить себе, что судьи уходят в отставку только потому, что какое-то светило Колумбийского или Йельского университета недвусмысленно заявило о несостоятельности права как научной дисциплины. Такого не происходит.

Тем не менее с течением времени, по мере того как количество и глубина критики растут, требуются всё большие усилия, чтобы ее не замечать. Сначала, когда сталкиваешься с единичными аномалиями, самое простое — отвести взгляд. Кто-то тупит, чтобы не замечать. Или кто-то не замечает и, соответственно, тупит. Что-то вроде этого. И кстати, это работает. Какое-то время. Однако когда число аномалий растет и критика становится жизнеспособной, требуются более интенсивные умышленно тупые действия, чтобы не заметить всего этого.

Все же постепенно мы — индивидуально и институционально — привыкаем к тому, чтобы не замечать, не учить, не видеть, не думать. Это становится образом (научной) жизни. Если наша юриспруденция станет слишком глупой, чтобы в нее верить, мы будем *делать вид*, что мы верим, — эта практика сродни доктрине молчания мысли некоторых христианских сект. И поскольку то, чем мы занимаемся как правоведа, есть своего рода претензия на право (в отличие от судов — ведь когда мы говорим, что есть право, никто нас не слушает), мы также можем соединить эту претензию на право с некой претензией на интеллектуальную целостность.

Со временем такое не-видение и не-замечание вписывается в структуру правовой мысли. Дисциплина превращается в подобие сложного механизма защиты, призванного разрушить то знание и мышление, которое может пошатнуть наше счастливое состояние равновесия.

В этом отношении у права есть значительное преимущество по сравнению с другими дисциплинами: до тех пор пока устойчивая основа поддерживает или терпит наши усилия, характер нашей научной деятельности не имеет большого значения.

---

самом деле я думаю, что я первая сноска-гей, которая появилась в юридическом издании вообще. Этого никогда не случалось раньше — в любом случае.

<sup>52</sup> Знаете, Людвиг Витгенштейн какое-то время этим занимался. Имею в виду — интересовался птицами. Это правда: у него было умственное расстройство, и он стал наблюдать за птицами и заботиться о них (*Monk R. Ludwig Wittgenstein: The Duty of Genius*. London, 1990. P. 526–528) (это, кстати сказать, обязательная ссылка на Витгенштейна. Больше их не будет).

Мы не похожи на другие факультеты. Философии нужно стать интеллектуально стерильной. Социология должна зайти в тупик. Классической литературе может не хватить текстов. А если так, то университет сократит бюджет, перенесет в другие строки, инвестирует во что-то другое. Присуждение грантов прекратят. Но юридическая дисциплина относительно невосприимчива к таким исправительным мерам: ее важность, ее долгое существование обеспечиваются не столько ценностью интеллектуальных достижений, сколько требованиями устойчивой основы. Нам, правоведам, никогда не приходится доказывать, что то, что мы знаем, является ценностью. Нам только приходится доказывать, что мы это очень хорошо знаем (чем бы это ни было)<sup>53</sup>.

### III. НА ЧТО ЭТО ПОХОЖЕ?

Таким образом, есть веские причины тому, что передовая правовая наука приближается к плачевному состоянию. Но она не всегда была такой ужасной. Были периоды — три периода — когда жизнь американской правовой науки была захватывающей. Но они требовали изобретательности и отклонения от шаблонов.

Первой была эра Лэнгделла, в которую правоведа стремились систематизировать непослушную вереницу дел в систематический сборник. Фактически эта работа по систематизации имеет некоторое сходство с тем, что в наши дни называют «теорией». Хорошая работа, если вы ее можете получить: последователи Лэнгделла не только составляли сборники, но и разрабатывали принципы организации.

Но теперь все уже сделано. А мы все еще нуждаемся в писателях трактатов (скажем, по шесть или семь для каждой отрасли), которые могут продолжать составлять сборники судебной практики. Это полезное дело. Очень полезно для судей и адвокатов. Ответственное дело. Я рад, что кто-то им занимается. Но, по-видимому, нам не нужно, чтобы в каждой отрасли права его делали 500 человек.

Вторым был период реализма — когда молодые выскочки стали разрушать парадигмы отцов и возводить свои собственные. Конечно, в плане создания позитивной программы это был жалкий провал. Но очень интересный и очаровательный провал. Он заставил людей думать. Несмотря на то что те теории провалились, мы продолжаем развивать некоторые их версии по сей день.

Потом был период «право и...» 1980-х. И это тоже был провальный проект. Конечно, право похоже на литературу, экономику, политику и проч. Как может правоведение — последняя из всех широкопрофильных дисциплин, зависящих от фольклорных представлений и культурных нарративов, экономической организации и политического противостояния — не быть похожим на все эти вещи? Это все взгляд из прошлого. Фактически все

---

<sup>53</sup> Поверьте мне: пять или, может быть, десять лет спустя этому парню придется отречься от этих слов.

разновидности «право и...» открыли глаза на многое, чего люди раньше не признавали. Опять же это заставило людей думать. Все эти движения — систематизация Лэнгделла, бунт реалистов, просветительство «право и ...» — были переизобретениями дисциплины. Они были провалами в том смысле, что им не удалось обеспечить свое воспроизводство в качестве жизнеспособных интеллектуальных видов деятельности. Но они не потерпели провала в том, чтобы заставить людей думать. Сейчас мы живем среди этих развалин. Мы нуждаемся в другом переизобретении. Но, кажется, оно не происходит. Вместо этого мы имеем:

**А. Журналистика прецедентного права.** Журналистика прецедентного права является наследием позитивизма Лэнгделла. Как интеллектуальное занятие, позитивизм Лэнгделла исчерпал себя после того, как работа по таксономической организации была выполнена. В настоящее время, как я уже упоминал, после позитивизма Лэнгделла в каждой отрасли права все же осталось по несколько ученых, имеющих своим призванием выполнение полезной работы по внесению новых дел в старые таксономии и производство простых модификаций последних тогда, когда это представляется целесообразным. Данное направление заботилось о том, чтобы предоставить шести или семи правоведам, занимающимся каждой отраслью, занятость (пожизненную)<sup>54</sup>. Что же касается других (которых 98 %?), им придется делать что-то другое. Университету явно не нужно, чтобы пять сотен штатных преподавателей писали трактаты о контрактах (шести человек достаточно). Как же содержать в штате остальных 494? Ответ дается в трех направлениях: (1) повесить тонкость анализа, (2) позволить ученым издавать множество нормативных рекомендаций и (3) дать им возможность постоянно спорить между собой.

Возможность опередить суды по уровню хитроумности была естественной для правовой науки. У судов есть расписание. У правоведов есть время. С учетом этой асимметрии ученые всегда могут превзойти суды в хитроумности анализа. Для правоведов всегда был доступен более тщательный, более точный и более подробный анализ. Также было возможно попутно отчитывать суды за аналитическую ограниченность. В самом деле, один любитель позабавиться над судебными процессами в 1950-м однажды очень трезво отметил, что основная работа Верховного суда

<sup>54</sup> Здесь автор хочет процитировать Джека Шлегеля: «Мир Лэнгделла или мир правил, был, я полагаю, источником вдохновения в те ранние годы. Была грандиозная работа по систематическому изложению права — работа, воплощенная не только в трактатах, но и в справочниках. Но когда эта работа была закончена, ученые-юристы в Канаде (по моему предположению, к концу 1960-х) и Соединенных Штатах (к началу Первой мировой) столкнулись с ужасной проблемой. Им и правда было нечего делать. Лежащее в основании программы Лэнгделла понятие о том, что право есть определяемая и конечная совокупность знаний, означало, что с того момента, как эта совокупность знаний была определена, задачей ученых стал контроль за небольшими изменениями в праве — ведение хроник там, где это возможно, развитие нового в известной области или свежие ракурсы рассмотрения. Некоторые занимались (и занимаются) этим важным и истребляющим время делом с любовью и терпением, но для большинства такой замысел не является источником вдохновения» (*Schlegel J. H. Langdell's Legacy or, The Case of the Empty Envelope // Stanford Law Review. 1984. N 36. P. 1517, 1529–1530*).

страдает от того, что у судей явно нет достаточного времени, чтобы уделить должное внимание написанию своих решений<sup>55</sup>.

Второй вариант — издавать множество нормативных рекомендаций — также был успешной стратегией полной занятости. В той степени, в которой ученые-правоведы могут давать рекомендации судам о том, что должно быть сделано, эта работа никогда не закончится. Действительно, нормативные предписания во многом открыли мир правовой науки для будущего; фактически для всех видов будущего — от умеренно улучшенного до дико утопического.

Третье направление — позволить ученым спорить между собой — также хорошо подходит для правовой науки. Конечно, если профессор X находит лучшее решение, чем суд, то, естественно, это решение должно быть опубликовано. И, конечно, если профессор Y установит, что у решения, предлагаемого профессором X, были какие-то недостатки, то было бы полезно опубликовать и это. И, естественно, дальнейшие ответы можно также добавить в хранилище знаний. И, конечно, будет дополнение от профессора Z, чтобы показать, что в то время как профессор X и профессор Y внесли ценный вклад, никто из них не понял проблему так же хорошо, как профессор Z. И так далее. Возможности были безграничными (своего рода пародия на общее право). И поскольку все правовые материалы (что демонстрировалось снова и снова) были перегружены противоречивыми ценностями и императивами, игра могла бы продолжаться вечно.

Указанные три направления являются очень значимой частью журналистики прецедентного права. Но они слишком формальны, чтобы поймать дух данной практики, потому что это практика, а не свод обязательных правил, не модель, но хорошо продуманный, полностью социализированный, тщательно интернализированный образ мысли и письма.

По аналогии с этой практикой представьте себе вымышленного репортера, расследующего избиение в полицейском участке. Представьте фильм 1950-х в стиле «нуар». В первой сцене репортер ждет в полицейском участке, когда подозреваемый просочится внутрь (это должно произойти сегодня, судя по его пейджеру).

Действие начинается. Он опрашивает полицейских, а затем читает протокол задержания, звонит жене, или мужу, или подруге, в зависимости от необходимости. Затем, если возникнет драка, он должен присутствовать в момент совершения преступления. В конце концов, он пишет и сдает свой материал, который потом публикуется в утренней газете.

Журналистика прецедентного права во многом похожа на это, за исключением трех моментов.

Во-первых, журналист прецедентного права — это профессор права. И он пишет статьи в юридические журналы, а не газетные публикации.

---

<sup>55</sup> *Hart H. M.* The Supreme Court, 1958 Term — Foreword: The Time Chart of the Justices // *Harvard Law Review*. 1959. N 73. P. 84.



Во-вторых, он не сидит на посту в полицейском участке. Он на своем компьютере занимается поиском на сайтах Lexis, Findlaw или SCOTUS<sup>56</sup>.

В-третьих, в отличие от журналиста, который должен придерживаться фактов, журналист прецедентного права вставляет дела в своего рода нормативный нарратив. Почти неизменно журналист права судебной практики заканчивает свои опусы веселым нормативным предписанием о совершенствовании права, нации или всего мира (в самом деле, когда в последний раз вы видели статью в юридическом журнале, завершённую на ноте: «О боже, мы больше ничего не можем сделать. Мы уничтожены?»).

**В. ЮПМ.** Наиболее опасным аспектом журналистики прецедентного права и ее вариаций является то, что представления о вопросах, проблемах, артефактах, методах или чём угодно могут быть переформулированы с точностью до наоборот в целях следования логике судебной аргументации таким образом, чтобы создать юридически познаваемый материал (ЮПМ).

Юридической наукой производится много ЮПМ. Складывается впечатление о существовании огромной машины, собранной из множества ученых-правоведов, каждый из которых имеет желание и возможность переработать материалы с учетом логики судебной аргументации. В самом начале, примерно до конца 1960-х, на кусочки разбивали в основном судебные дела. Сейчас же область расширилась. Мы готовы разбить на куски все. Неважно, что попадет — убийство с помощью холодного оружия, широкое понимание права, постмодернизм, блоги, дело «Буш против Гора», юбилей дела «Браун против Комитета образования» — мы превратим в ЮПМ все, что угодно. Когда же потребуется действительно многое разбить на части, мы созовем симпозиум, и получится небольшая группа, которая разобьет все сообща. Мы готовы, мы имеем возможность и желание разбивать на куски чепуху (любую чепуху) и превращать ее в ЮПМ.

Метафора потребления здесь также уместна. Все, что к нам попадает, мы, ученые-правоведы, пережевываем и в конечном счете усваиваем. Наша работа быть здесь — готовыми перерабатывать дела, отвечать на звонки CNN, NPR или 9NEWS, давать содержательные заметки в утреннюю газету, с важностью спорить на симпозиуме, а потом возвращаться в свои офисы и продельвать то же самое на следующий день (и всю жизнь).

Это не пустяк, конечно. Если вы это делаете, это позволяет вам продемонстрировать владение знанием. В свою очередь, это будет радовать декана, и для вас выделят много места в журнале выпускников. Вот так, например: «Профессор Бранкрофт выступал по теме... на NPR 20 июля. Он опубликовал три статьи о Законе о банкротстве и фиктивных браках в продолжение его раннего... Он также произнес речь перед Государственной комиссией по специальным судам по теме... и прибыл на CNN для обсуждения...» И так далее.

---

<sup>56</sup> «Ваши потребности движут нашими инновациями, движущими вашим успехом» (LexisNexis, A Division of Reed-Elsevier Inc.). Все права защищены.

Или, более откровенно: «Профессор Бранкрофт не стал тусовщиком мирового класса (к удивлению) и не особенно страдает от загнивания в глуши. Более того, он демонстрирует работу над теми вещами, которые, с точки зрения гигантов мысли с CNN, достойны эфирного времени. Получается, что он что-то делает, и все остальные на юридическом факультете что-то делают. Мы все что-то делаем. Будущее выглядит светлым. Поэтому несите нам свои деньги, пожалуйста».

Правовая мысль в наши дни во многом напоминает это состояние. Обратите внимание, что если в должностные обязанности входит производство множества ЮПМ, довольно трудно иметь идеи. Это почти то же самое, что придумать действительно творческую идею во время сдачи экзамена на юридическом факультете (который, как мы все знаем, редко бывает хорошей идеей).

**С. Вечный экзамен на юридическом факультете.** И вот появляется мысль: состояние науки в самом деле напоминает вечный экзамен на юридическом факультете. Прототипом современного ученого-правоведа является тот, кто постоянно либо готовится к сдаче экзамена, либо уже его сдает. С одной стороны, конечно, это не совсем экзамен на юридическом факультете, потому что профессор права говорит о том, что происходит в действительности: судебные заседания, обсуждения законопроектов и проч. С другой стороны, этот процесс происходит в той же форме — ответы на шаблонные вопросы в рамках шаблонных тем путем выдвижения шаблонных аргументов. Зайдите в блоги: я говорю правду.

Это странная должностная инструкция. Но еще более странным является то, что люди (за исключением шестерых профессоров, занятых очень полезной работой по написанию трактатов в каждой из отраслей права) выбрали бы это в качестве своих должностных обязанностей в то время, когда они, несомненно, могли бы выбрать что-то другое. Я сильно подозреваю, — хотя я и не могу этого доказать, — что все зависит от типа людей, которых мы нанимаем. В общем и целом, мы очень серьезно проверяем, насколько хорошо люди выполняют подобные экзаменационным задания, пишут что-то напоминающее статью в юридическом журнале, в то время как едва ли проверяем их на что-то другое. Не удивительно, что когда они начинают писать, многие из них занимают знакомую нишу и корпят на вечном экзамене на юридическом факультете. Что им еще делать? Чего еще разумно от них ожидать?

Даже большая часть последнего шквала междисциплинарной деятельности, как представляется, скатилась к высокоакадемичной разновидности продукции ЮПМ. Ранее, в предисловии, мы столкнулись с Джеймсом Бойдом Уайтом, глядящим на груды репринтов на своем столе с ужасом и скукой<sup>57</sup>. Теперь я прошу вас представить что-то иное, а именно груды

---

<sup>57</sup> В моем понимании, это не так. Не помню я профессора Джеймса Бойда Уайта, глядящего на груды репринтов на своем столе с «ужасом и скукой». Это было высосано автором настоящей статьи из пальца. Боюсь, что он стал «ненадежным нарратором». Однако я нашел это у профессора Уайта: «Подумайте о кипах книг и журнальных статей, захламляющих ваш кабинет: с какими ожиданиями и чувствами вы к ним обращаетесь?»

междисциплинарных университетских монографий на своем столе. Первое, на что падает взгляд, — это их обложки: красивые цвета, впечатляющий дизайн. Но потом вы представляете, как читаете одну из них. Не боитесь ли вы, великодушный читатель, сухости прозы, неуклюжей шаткости аргументов и убийственных ударов сносок<sup>58</sup>? Нет ли у вас жуткого чувства, что, если не брать в расчет яркую обложку, вы видите просто очень-очень-очень длинную статью в юридическом журнале?

Тем не менее мы должны мужаться. В этом должно быть что-то очень функциональное. Будучи интеллектуально бессмысленным, этот вечный экзамен на юридическом факультете все же помогает демонстрировать мастерство, а именно мастерство владения знаниями о праве конкретного ученого-юриста. Чтобы действительно преуспеть на сдаче вечного экзамена, нужно подтвердить свою действительно хорошую подготовку к тому, чтобы быть действительно хорошим журналистом прецедентного права. Также это означает воспроизводство множества ЮПМ.

Упражнения тоже показывают мастерство на более высоком уровне абстракции. Они показывают господство «права» над современными культурными тенденциями, интеллектуальными течениями и общественными событиями. Это является важной задачей, поскольку перформативно демонстрирует, что право и его уполномоченные агенты по-прежнему доминируют<sup>59</sup>. ЮПМ. Кроме того, журналистика прецедентного права выступает в качестве того способа, которым мы подтверждаем друг другу и другим сторонам (адвокатам, судьям, прессе, комитетам по назначению на преподавательские должности, другим ведомствам в университете), что мы действительно обладаем каким-то опытом.

И мы действительно им обладаем. ЮПМ не появляется на пустом месте. Потребуется годы усилий и напряженной работы, чтобы по-настоящему хорошо плодить первоклассный ЮПМ.

**D. Где все это заканчивается?** Прямо здесь: спамовая юриспруденция. SSRN, SSRN, SSRN. Спам, спам, спам. Эфир, эфир, эфир. Ничто, ничто, ничто. Также «14-й» или «3468» или — хотя какого черта? — «54 973 823». Неважно. Кому какое дело?

Спам.

Владимир: «Что ж, мы остановимся?»

Эстрагон: «Да, давайте остановимся ненадолго».

(Они не останавливаются)<sup>60</sup>.

(Спам!)

---

Если мы с вами похожи, то вы это делаете с чувством виноватой опаски и ожиданием разочарования. Мы живем в мире специализированных текстов и дискурсов, слишком часто кажущихся отмеченными своего рода тонкостями, желанием жизни и силы, и значения. Как часто, к примеру, вы пробегаете глазами то, что перед вами, и как часто вы чувствуете, что ничего не потеряно?» (*White J. B. Intellectual Integration // Northwestern University Law Review. 1987. N 82. P. 1, 5–6.*)

<sup>58</sup> О черт, нет! Этот рок сноска! Автор под наркотой.

<sup>59</sup> Здесь я собираюсь сослаться на Касса Санштейна. Это предварительная ссылка, предназначенная для того, чтобы показать, что если Касс Санштейн еще ничего не написал по этой теме, то скоро напишет.

<sup>60</sup> *Beckett S. Waiting for Godot. Grove Press, 1954 (изменено автором).*

**Е. Ненадежность рейтингов.** Некоторые полагают, что правовая мысль в наши дни почти умерла. Я являюсь одним из них. Я думаю, что мы переживаем один из многих мрачных периодов в короткой истории американской правовой науки — возвращение к журналистике прецедентного права.

Мы возвращаемся домой. Гомеостаз здесь. И все же возвращение на родину происходит не без некоторого беспокойства. Это беспокойство, возможно, лучшим образом отображается в нашем навязчивом заикливании на рейтингах — рейтингах юридических вузов, юридических журналов, ученых-правоведов, цитирования, импакт-факторов; а также на будущих рейтингах рейтингов, которые будут создаваться посредством интернета и помо<sup>61</sup>. Применение количественных правил в качестве основного показателя успеха в академической карьере. Проще говоря: множество статей + множество страниц + множество слов + множество сертификатов = вдвойне хорошие знания.

Многие из наших современных рейтингов довольно бессмысленны. Не только потому, что их методология представляет собой статистический беспорядок — даже если бы она не была таковой (но она таковой является), — поскольку остается полностью непонятным, что этот рейтинг должен оценивать. Не хочется быть грубым или что-то вроде того, но где референт? Конечно, верно, что в качестве упражнения в тавтологии (рейтинги оценивают... что они оценивают) рейтинги представляют собой безупречную ценность. За пределами этого их полезность значительно падает. В самом деле, что именно нужно извлечь из того факта, что профессор Х написал 223 000 слов в двадцатке лучших юридических журналов за 2003 год? Он много пишет? И что из того, что эти три профессора из Техаса, или Гонзага, или откуда угодно (один специализирующийся на налогах, другой — на деликтах, третий — на природоохранном праве) думают, что факультет в Миннесоте значительно лучше (или нет), чем факультет в Северной Калифорнии? Кто за это поручится<sup>62</sup>?

Эти рейтинги (которые предлагаются без малейшей доли иронии) напоминают напечатанное в рок-журнале знаменитое интервью с Найджелом Тафнелом, вокалистом легендарной рок-группы Spinal Tap. Когда его спросили, почему его новый усилитель лучше, чем старый, Найджел отметил с безупречной формальной логикой, что звук на его новом усилителе доходит до 11, тогда как на старом — только до 10. «Он вроде как громче, понимаешь?»<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Аббревиатура слова «постмодерн» (прим. переводчика).

<sup>62</sup> Возможно, не только факультет, но и студенты в Миннесоте и Северной Каролине? Как вы думаете?

<sup>63</sup> Мы нашли интервью с легендой рока Найджелом Тафнелом (Nigel Tufnel), рассказывающим рок-журналисту ДиБерджи о том, что звук нового усилителя Найджела доходит до одиннадцати (This is Spinal Tap // Spinal Tap Prod. 1984 / rockumentary manqué):  
Найджел Тафнел: Все числа доходят до одиннадцати. Смотри, прямо над крышкой, одиннадцать, одиннадцать, одиннадцать...

Марти ДиБерджи: О, я вижу. А большинство усилителей доходит до десяти?  
Найджел Тафнел: Именно.

Да.

Тем не менее эти рейтинги могут иметь некоторую скромную эвристическую ценность. Возможно, они даже являются крошечным шагом к меритократии от самой очевидной альтернативной рейтинговой системы, а именно системы сарафанного радио. С другой стороны, мы должны отметить, что рейтинги сами по себе являются в значительной степени отражением представлений сарафанного радио. Отголоски отголосков отголосков (и т. д.)<sup>64</sup>.

Если у юридических вузов и преподавателей права рейтинги действительно вызывают определенное беспокойство, за ними все же сохраняется функция по облегчению беспокойства. В самом деле, любые сомнения, которые мы можем иметь относительно ценности, производимой юридическими факультетами и учеными-правоведами, затмеваются нашим напряженным заикливанием на том, насколько мы сами хороши в этом же самом по сравнению с другими<sup>65</sup>. Нам не нужно беспокоиться, что предприятие может быть полностью бесполезным, если мы полностью заиклены на том, как хорошо или как плохо мы все это делаем по сравнению с другими (подняться вверх — это хорошо, опуститься вниз — плохо. Что вы можете сказать?). Это, конечно, замена одного беспокойства на другое, но последнее представляется более плодотворным.

Одержимость рейтингом имеет существенное влияние на правовую науку из-за того, что люди, занимающие административные должности, и сотрудники факультетов стремятся поднять положение их факультета в рейтингах. В той мере, в которой юридические факультеты реагируют на эти проблемы, акцент делается на повышение количественных величин (и наоборот). Или короче: намного больше = выше ценность. Это вроде как громче, понимаешь?

**Ф. Ну и что?** Мне сказали, что кое-что из вышеизложенного может оттолкнуть некоторых правоведов<sup>66</sup>. В это очень трудно поверить. Но давайте просто уйдем от этого в сторону. Вместо этого давайте зададим ключевой вопрос: *предположим, что все вышеизложенное верно — ну и что?*

---

Марти ДиБерджи: Значит ли это, что он громче? Он хоть насколько-то громче?

Найджел Тафнел: Ну, этот громче, не правда ли? Это не десять. Понимаешь, большинство парней, которых ты знаешь, будут играть на десяти. Ты на десяти здесь, и все выше, и выше — ты на десяти на своей гитаре. Куда ты можешь отсюда двигаться? Куда?

Марти ДиБерджи: Я не знаю.

Найджел Тафнел: Никуда. Именно. Что мы делаем, если нам нужен дополнительный толчок со скалы — ты знаешь, что мы делаем?

Марти ДиБерджи: Поднимаем до одиннадцати.

Найджел Тафнел: Одиннадцать. Точно. На один громче.

Марти ДиБерджи: Почему вы не сделаете десятку громче и не сделаете десятку высшей точкой и не сделаете ее немного громче?

Найджел Тафнел: (Пауза.) Эти доходят до одиннадцати.

<sup>64</sup> Хорошо, а что не является?

<sup>65</sup> Рейтинговая индустрия оказала в этом неоценимую помощь.

<sup>66</sup> На самом деле мне сказали: «Тебя забросают камнями».

Во-первых, позвольте мне предположить, что посредственность — в особенности посредственность высокого класса — вполне может быть полезной при подготовке юристов. Иными словами, превосходство в посредственности, присущее правовой науке, вполне может быть полезным для подготовки будущих юристов. Может быть, превосходство в посредственности, свойственное научным сотрудникам, вскоре получит исполнение, открыв свою педагогическую функцию.

Идея не является полностью выходящей за рамки приличия: когда думаешь о том, к чему должны стремиться юристы — в основном, к решению трудных споров и контролю будущего посредством написания документов — некоторые вещи приобретают решающее значение для их работы.

В первую очередь то, что они говорят и думают на одном языке. Способность переводить сложные споры и сделки на стереотипный язык помогает юристам взаимодействовать друг с другом и с судьями. В той степени, в которой «все юристы думают одинаково», они могут с определенной долей уверенности предсказать, что сделают другие юристы — как в судебном процессе и в контексте заключения сделки. Возможно, это социально полезно. Может быть.

С точки зрения социальной организации можно что-то сказать и о создании профессионального корпуса (адвокатов), чьи виды коммуникации широко распространены и относительно стандартизированы. Обратите внимание, что если это — цель, то единственное место, где такого рода стандартизированная коммуникация может получить широкое распространение — это где-то ближе к середине кривой колокола. Как интеллектуальная лень, так и интеллектуальное превосходство, по определению, являются отклонениями и, следовательно, уходят от наших попыток стандартизировать.

Таким образом, обучение посредственности действительно выполняет социальные функции (в допустимых пределах, конечно). Посредственность здесь не единственная цель. Хотелось бы, чтобы эта посредственность была самой лучшей, насколько это возможно. Мы хотели бы, чтобы специалисты в области права говорили на одном языке и имели одинаковый образ мыслей, и в то же время чтобы этот язык и мысли были настолько ясными и интеллигентными, насколько это возможно. Учитывая вездесущность колоколообразной кривой, осуществление этих пожеланий, очевидно, затруднительно. Экономисты, вероятно, сказали бы о достижении «оптимального уровня» интеллекта и предела посредственности, но мне кажется, что это заведет нас только дальше.

Профессорам права это затруднение неизбежно приносит разочарование. Чего бы хотелось многим профессорам — потому что многие из них расположены к интеллектуальной деятельности, — так это сделать интеллект опорой правовой аргументации. Это все приводит к разочарованию. Правовая аргументация не устроена таким образом, чтобы создавать что-то интеллектуальное, и, честно говоря, материалы и аргументация едва ли могут выдержать так много.

Здравый смысл, обоснованность, разумность — любой из этих добродетелей часто достаточно, чтобы затушить настоящее мышление. В самом

деле, независимо от того, чем может для юриста или судьи стать обращение к здравому смыслу, обоснованности и разумности (и я готов отметить, что это обращение значимо), эти добродетели не особенно полезны для интеллектуальных достижений. Напротив, интеллектуальные достижения требуют отказа от сложившихся подходов. В самом деле, я бы зашел настолько далеко, что стал бы утверждать, что жизненная сила интеллекта (по крайней мере, в контексте такой дисциплины, как право) требует некоторой степени отстраненности, некоторого размаха в сторону экзотики. Дело в том, что такие усилия не приведут к успеху, если они постоянно должны будут отвечать здравому смыслу, обоснованности, разумности и тому подобному.

И в этой точке я хотел бы перевернуть аргумент, представленный ранее в данной работе. Я хотел бы, чтобы мы подумали об обращении к здравому смыслу, обоснованности и разумности в правовой мысли как об обращении к посредственности. Заставить людей что-то увидеть — это требует чего-то такого, что сильно отличается от здравого смысла, обоснованности или разумности. Это требует некоего артистизма — переориентации взглядов, нарушения самоуспокоенности, саботажа привычных форм мысли, сбрасывания когнитивных умолчаний. Это часть того, что входит в сферу действительно хорошего образования. Напротив, постоянные реверансы в сторону здравого смысла, обоснованности или разумности будут систематически срывать такие попытки<sup>67</sup>.

Все это довольно досадно. Ученым-правоведам, стремящимся к интеллектуальному совершенствованию, таким образом, суждено сыграть в мифе о Сизифе. Основная разница, конечно, в том, что у Сизифа был настоящий камень, который он должен был закатывать на настоящую гору. В отличие от этого, камень и гора профессоров права символические — это конструкции их собственного воображения. Возможно, закатывать символический камень на символическую гору существенно легче, чем проделывать это в реальности. По крайней мере, проще имитировать усилие и претендовать на успех. В то же время может оказаться, что символический характер мероприятия делает его бессмысленность еще более очевидной. Существует определенный диссонанс, подобный тому, что имеется между этими двумя точками. С одной стороны, мы имеем дело с закатыванием камней на гору, а это, безусловно, тяжелый труд. С другой стороны, камни и горы существуют в нашем воображении, значит, это должно быть просто. Это приводит в замешательство<sup>68</sup>. Мое наиболее удачное предположение (и я предлагаю его только в качестве предварительной гипотезы) заключа-

---

<sup>67</sup> Кроме того, отдельно отметим небольшой момент: преклонение перед здравым смыслом, обоснованностью или разумностью абсолютно недопустимо в нашем контексте. Ведь наше общество не является разумным. Никто, наделенный здравым смыслом, не будет так делать. Никто из стремящихся к обоснованности не будет делать того, что делаем мы. Приглашение к здравому смыслу по существу является приглашением в плен к почти благодатному оксюмору: используйте здравый смысл в неразумной по своей природе форме жизни.

<sup>68</sup> Не сильно.

ется в том, что данный диссонанс может вызвать определенную степень невроза<sup>69</sup>.

Тем не менее всплывает снова вопрос: «Ну и что?» А вот что — среди ваших сограждан, возможно, имеется около семи тысяч профессоров права и, знаете, может быть, что девяносто шесть процентов из них занимаются какими-то неуловимыми невротическими исследованиями. Ну и что? Может быть, это — катастрофическая цифра. Может быть, эти люди могли бы заниматься чем-то гораздо лучшим. Кстати, ничто из этого точно не известно. Но давайте предположим, что это правда.

Кого это волнует? Семь тысяч людей — не так уж и много. Кроме того, трудно переживать за них. Я знаю, что почти все из них — мы (но все же). Это чрезвычайно привилегированная жизнь. Так почему же стоит об этом волноваться?

А вот почему. Дело в том, правовая наука играет — путем образов в представлениях профессоров — важную роль в формировании способов, форм, в рамках которых студенты-юристы думают о праве и учатся юридическому мышлению<sup>70</sup>. Если их учат думать по существу посредственно, они воспроизведут эти способы мышления в своей правоприменительной и политической практике. Если они не любопытны, если у них отсутствует политическое и правовое воображение, если они просто повторяют стандартные движения (даже с впечатляющей виртуозностью), они, как группа, будут использовать власть в основном посредственно. И главное: когда посредственность наделена властью, она приводит к насилию. А когда посредственность наделена большой властью, она приводит к массовому насилию<sup>71</sup>.

Из этого можно сделать заключение, что в споре между штампованием старых форм правовой мысли и привитием творческого мышления мы делаем слишком много ошибок, находясь на стороне первого (это только мой личный вызов — но у всех остальных он такой же). Выражаясь иначе, если нужно что-то сказать по поводу стандартизации, о которой говорили ранее, то в общем и целом стандартизация сильно зашкаливает<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Как вы думаете?

<sup>70</sup> Правовая наука не имеет практически никакого влияния на суды, если, конечно, не учитывать того, что авторы предписывают судам то, что они и так делают. Нет, стойте... это тоже не оказало бы влияния. Но это не означает, что правовая наука вообще не оказывает влияния ни на что. Правда в том, что разные виды ее нормативных рекомендаций являются довольно неэффективными. Между тем то, что действительно имеет значение, это способ мышления, выраженный и отрететированный в правовой науке. Это действительно важно. Способы мышления отпечатываются у студентов юридических факультетов. И они будут воспроизводиться со временем, когда студенты станут юристами, судьями, политиками.

<sup>71</sup> Есть, конечно, сильный контраргумент (см.: *Halberstam D. The Best and the Brightest*. New York, 1969).

<sup>72</sup> КАК он мог такое сказать?!? Ну вот, опять сам себе противоречит. Невероятно! Во, что он сказал, но мне придется перефразировать, потому что, честно говоря, я объясняю намного лучше, чем он. Он говорит, что старается натренировать меня (вот дела!)... что он старается натренировать меня справляться с неясностью в рамках внутрипрофессионального конфликта. Он говорит, что именно поэтому он поставил меня на передний план в картине.



**Г. Почему будет еще хуже?** Две вещи: Кадры и Институционализация. *Кадры.* Ладно, хватит на эту тему.

*Институционализация.* По иронии судьбы именно в этот момент, когда кажется, что правовая наука настолько основательно скомпрометирована, юридические факультеты, по всей видимости, *массово* решили усилить контроль за качественными и количественными показателями науки, а также внедрить стратегии максимизации научных достижений. Как юридические факультеты, так и административные инстанции все более вовлекаются в менторство, карьерный рост, коэффициенты скачивания с SSRN, индексы цитирования, стратегии размещения статей, объявления в блогах и гляцевую рекламу научной деятельности. Все это разновидность массовой схемы «Никто из профессоров права не забыт».

Все указанные техники и стратегии являются теми способами, с помощью которых профессора права и юридические факультеты могут наблюдать друг за другом с большой легкостью и в детальных подробностях. Важной частью этого является не столько само наблюдение, сколько то, что мы все знаем, что за нами следят. Это как будто все мы — те, кто несет ответственность за все это (и среди них будут, кажется, почти все) — читали работу Фуко про паноптикум и решили, что это крутой способ и что мы должны создавать нашу собственную версию как можно скорее.

Результатом в настоящий момент, к сожалению, является то, что (1) некоторые крайне беспросветные парадигмы одерживают власть над правовой наукой, а у нас также имеется (2) радикальное усиление механизмов контроля за качественными и количественными показателями. Со своей стороны, я считаю, что ситуация значительно улучшилась бы, если хотя бы одной из этих двух вещей не происходило. Все будет еще хуже. Положительной стороной является то, что всегда можно рассчитывать на (1) вклад внешних сил и (2) тот факт, что Мальтус был и остается неправ.

**Н. В ответе ли деканы?** Конечно, в ответе. Я — да. Все мы в ответе.

**И. Что должно быть?** Прошлым летом я был разнорабочим в коммерческом проекте AZRA, в рамках которого туристам оказывается содействие в рафтинге на Большом каньоне<sup>73</sup>. Для многих людей путешествие по реке может стать опытом, перевернувшим жизнь. Легко понять, почему. Возвышающиеся красные и желтые скалы, интенсивная игра света и тени, резкие линии вторгающихся горизонтов, палящая жара и замораживающая засуха объединяются, чтобы реальный мир на время перестал существовать. Все эти незначительные запросы, требования, графики, заботы реального мира быстро начинают казаться тривиальными. А потом они полностью

---

Абсурд: Я автономная сноска.

<sup>73</sup> В путешествии по реке Большого каньона «разнорабочий» — это помощник повара; когда речь заходит о речных поездках, данное название воспринимается как присущее только Большому каньону. Изначально название было уничижительным, подразумевая статус подчиненного. В последние годы коммерсантами были предприняты попытки заменить название «разнорабочий» на «помощник». Люди вроде автора настоящей статьи, однако, предпочитают традиционное наименование «разнорабочий» более корректному, с политической точки зрения, названию «помощник». Кроме того, работа автора ограничивалась только двумя неделями.

замирают до той поры, пока совсем не исчезнут. Кроме того, есть ритм реки — каждый день ранний подъем, спуск по реке, разбивка лагеря и его уборка — проделывание всего этого изо дня в день делает так, что каждый день похож на предыдущий. В такие дни действительно можно думать. Можно представить для себя другое существование. И многие так делают. Путешествие кончается, и они оставляют свою работу, партнеров, жен, мужей, имущество. Они влюбляются в реку, в своего проводника, в пустыню и, в некотором смысле, они никогда не возвращаются.

Я разумный человек (в то же время я профессор права), поэтому всем, с чем я вернулся, было одно действительно крошечное открытие. Оно не только крошечное, но даже не очень оригинальное. И начинается оно так: есть нечто трепещущее и нервное в структурах современной жизни. Мучительные тонкости повседневных требований, символическое вложение чрезмерного смысла в тривиальные вещи, навязчивый контроль за всем в своей жизни с точностью до сантиметра, постоянное нагромождение локальных мета- и инфраслоев мысли — все эти вещи, если смотреть с перспективы реки, пронизывающе невротны.<sup>74</sup> Современная жизнь заманивает нас в разного рода игры-лабиринты, которые кажутся чрезвычайно важными, но все же такими не являются — за исключением того, что, в негативном смысле, они отвлекают наше внимание от тех вещей, которые важны или по крайней мере могли бы быть таковыми.

Многие люди делали такого рода открытия — наиболее известное из них, возможно, принадлежало Хайдеггеру («падение»)<sup>75</sup>. Но мое открытие (и оно в общем не является открытием) относится к правовой науке. Я думаю, что практики и институты современной правовой науки (спамовая юриспруденция, журналистика прецедентного права, погоня за рейтингами, отсутствие событий и проч.) являются очень впечатляющими версиями обобщенной нервной структуры.

Это как если бы мы очень напряженно работали над воображаемым графиком движения автобусов. Кто-то пишет статью о том, что мы должны оптимизировать количество автобусов. Другой не может не указать, что было бы предпочтительнее начать с оптимизации количества автобусных остановок. Вскоре кто-то напишет, что мы должны реконструировать весь график. Кто-то предположит разделить график на восемь различных частей. Кто-то говорит, что восемь частей — это на самом деле шестнадцать. Какой-то действительно оригинальный мыслитель говорит, что частей десять. И потом приходит тот, кто составляет рейтинги, и начинает подсчитывать, у какого юридического факультета самая лучшая программа

---

<sup>74</sup> Спрошу вас — неужели автор настоящей статьи и правда думает, что эти термины являются самоопределяющимися? «Постоянное нагромождение локальных мета- и инфраслоев мысли» — что, черт возьми, это значит? Он говорит мне упомянуть про аккомодацию и сослаться на Пиаже. Хорошо, ладно (см.: *Piaget J. Structuralism*. 1973. P. 28–29 (об аккомодации)). Вот оно. У меня даже есть точная ссылка на номер страницы в деле. Когда-нибудь я стану настоящей статьей в юридическом журнале.

<sup>75</sup> Конечно же, я рад, что он упомянул Хайдеггера. Я знаю, что это мне очень помогло. И я уверен, что редакторы просто в эйфории.

по созданию графика движения автобусов. А еще кто-то решает устроить симпозиум по поводу создания рейтингов графиков движения автобусов. (Помните гастроллирующее шоу *Буш против Гора*?<sup>76</sup>) А потом пятьдесят лет спустя кто-нибудь напишет книгу «Какими должны быть графики движения автобусов 2000-х — пути решения проблемы»<sup>77</sup>.

Очень скоро у нас появится коллектив, развивающийся в нашем воображении, и мы будем расставлять автобусы и автобусные остановки на страницах «Йельского юридического журнала», и все это будет казаться реальным и очень важным. И поверить в то, что это важно, не трудно. За определенную вещь люди получают реальные награды, т. е. престижную работу, руководящие должности, программное финансирование — и речь идет о прорыве в области графика движения воображаемого автобуса. И прибавлением к разрастающейся реальности вещей является неоспоримый факт, что мы не можем отбросить автобусы или графики их движения как несуществующие (кстати, если ничего не удастся, вашим вкладом будут: автобусы настоящие).

Но в том-то и дело, что график автобуса правовой науки остается воображаемым. Даже если график очень похож на настоящий, он все равно воображаемый. Когда мы вывешиваем наш график, автобусы не начинают ходить. Даю слово.

И ни одна из известных мне компаний, входящих в транспортную компанию Rapid Transit District (RTD), не изменит свой график просто из-за того, что какие-то новые автобусные сущности были представлены на страницах «Йельского юридического журнала» или где-то еще. Ничего не произойдет. Вот чем занимаемся мы, ученые-правоведы, работающие над воображаемым графиком движения автобусов.

Еще одна вещь, которая меня беспокоит во всем этом — то, что воображаемый график движения автобусов во многом не похож на график, составленный RTD. RTD сталкивается с реальными рисками. Мы, ученые-правоведы, — нет. Наш принцип реальности — если у нас вообще есть такой принцип, — решительно неопределенный: получить должность/не

<sup>76</sup> Черт возьми, я действительно рад, что не пропустил это (см. (или не смотрите): Symposium, *Bush v. Gore* // *University of Chicago Law Review*. 2001. N 68. P. 613 ff) (еще одна экспозиция, посвященная «захватывающей традиции англо-американского права», которое «очищает себя»). Первая цитата отсылает к утверждению Генри Харта (см.: *Hart H. M. The Supreme Court, 1958 Term — Foreword: The Time Chart of the Justices*. P. 99 ff). У второй цитаты несколько неопределенное происхождение. Иногда эту фразу относят к «старому тропу». Также цитату приписывали таким делам, как, скажем, *Omychund v. Barker* // *E. R. 1744*. N 24. P. 15, 33 (см.: *Chapman B. The Rational and the Reasonable: Social Choice Theory and Adjudication* // *University of Chicago Law Review*. 1994. N 61. P. 41, 107).

<sup>77</sup> Это то, чем сейчас занимается Джек Балкин (пока у нас есть: *Balkin J. 1) What Roe v. Wade Should Have Said: America's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*. New York University Press 2005; 2) *What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision*. New York University Press, 2001). Я определенно вижу за этим будущее. Например, «Как должен был быть заключен Вестфальский мир?» И, конечно, чтобы не забыть: «Кто должен был выиграть битву при Гастингсе?», за которой следует продолжение: «Почему 1066 год?».

Вам нравится эта сноска мелким шрифтом? Для этого я живу.

показывать причины. Так что если мы хотим составить график движения автобусов с остановками каждые десять ярдов (все во имя строгости и точности), то мы можем это сделать. И поймите, пожалуйста, что я не ударяюсь в крайности. Это не то, до чего еще не доходили. Снова и снова<sup>78</sup>.

А тут еще нормативность. Однажды я читал статью, которая имела цель выяснить, какой должна быть Конституция. Станным мне показалось то, что автор на самом деле хотел освободить себя (и своего читателя) от любых официальных понятий о том, что есть Конституция. Это поразило меня как нечто совершенно сверхъестественное. Какое странное дело. Если вопрос «Какой должна быть Конституция?» не укоренен в том, что *есть* Конституция (чем бы она ни была), то почему бы не пойти ва-банк: пусть у нас будет Конституция, которая гарантирует всеобщее медицинское обслуживание, на вкус напоминает мороженое от Ben & Jerry и смешна до колик. Вы позволите мне? Я скажу: успехов!

Что это, опрокидывание с ног на голову? Ну конечно да. Но, постойте, не я же придумал эту практику нормативной правовой мысли. Я просто описываю ее. На самом деле это то, чем я сейчас занимаюсь. Проверьте: вот что я делаю. У меня есть очень хорошая работа сатирика. Хорошие условия труда. Не много конкурентов. Сейчас я не при деле: правовая мысль высмеивает себя сама. Для меня это просто «мыльница».

Есть что-то бестолковое в правовой науке. Конечно, никто не пишет, что Конституция должна быть как мороженое от Ben & Jerry. Но что удерживает всех от выдвижения предложения о том, чтобы Конституция гарантировала всеобщее медицинское обслуживание (я бы был благодарен на самом деле). Ответ: существуют ограничения на то, что мы можем утверждать. Конечно, существуют<sup>79</sup>. А кто создает... ограничения? Ну, отчасти мы сами и создаем<sup>80</sup>.

И вот все, что мы имеем, — это воображаемая правовая мысль, сформированная воображаемыми коллективными ограничениями, одним из которых является предписание жестко придерживаться таких ограничений. Мой вопрос: эта структура нервозна?

Да. До самых краев. Ей приходится быть таковой, потому что в ней нет ничего, кроме невроза. Вообще никаких ограничений.

---

<sup>78</sup> Нет никакой возможности здесь на кого-то ссылаться. Это будет карьерный суицид. Кроме того, не очень-то приятный. У меня есть будущее. Я, Даниэль, хочу, чтобы сослались на меня. Также я хочу, чтобы вы знали, что я, Даниэль, был приглашен на праздничный обед в Кембридже (см.: *Schlag P. My Dinner at Langdell's // Buffalo Law Review. 2004. N 52. P. 851 ff*). Они хотят, чтобы я стал «233». Понятия не имею, что это значит. Но даже не надеюсь на многое, я и вправду верю в то, что это мой звездный час. Я прямо-таки загорелся.

<sup>79</sup> Да, но мы не создаем ограничения ни одним из указанных способов. Именно об этом я ему говорил. Он сказал: «Да, это правда — чистая правда в контекстуальном смысле — но это не является серьезным ограничением».

<sup>80</sup> «Да, мы создаем, и то же самое делает судья Кеннеди». Именно об этом я ему говорил. Вот что он ответил: «Если бы все эти сторонники нормативной концепции конституционного права обращали внимание на то, что думает судья Кеннеди, они были бы неспособны написать трех четвертей того, что они на самом деле пишут. Что же касается оставшейся одной четверти, нам она вообще не нужна: судья Кеннеди уже подумал об этом».

Поймите, пожалуйста: формально я ничего не имею против коллективного воображения. У меня только одна проблема: если нам, ученым-правоведам, приходится так тяжело (и мучительно) работать над творениями нашего коллективного воображения, то можем ли мы выбрать что-то более интересное или важное, или эстетически оживляющее, или морально выдающееся, или политически значимое, чем графики движения автобусов? Я имею в виду: разве мы не можем?

Ах, нет. И это подводит к моему последнему тезису. Он не очень неприятный, но кому-то нужно это сказать, и, видимо, этим кем-то буду я. Наши люди когнитивно неполноценны. Они, как показывает колоколообразная кривая и прочее, очень интеллектуальны. Стало быть, таким как вы и я — когда мы смотрим на крайнюю запутанность работы, проделываемой этими интеллектуалами, — очень просто увязать такую запутанность с их нескрываемым интеллектом. И правда, скорее всего мы размышляем о том, что в основе этого отношения лежит зависимость: их труд запутан, потому что они интеллектуалы, а из-за того, что труд запутан, он требует большого интеллекта<sup>81</sup>.

Но в качестве возможного варианта я хочу предложить идею о том, что это хитросплетение правовой науки есть скорее не функция интеллекта, а демонстрация нервозности перед лицом неразрешимых конфликтов. Каких конфликтов? Рассмотрим первичные потребности ученого-правоведа:

1) необходимость демонстрировать высокую степень интеллекта в рамках аргументации (право), которая в конце концов не выдержит столько интеллекта;

2) необходимость внести вклад в дисциплину в рамках аргументации, в действительности не относящейся к знанию или истине в любом глубочайшем смысле этих слов;

3) необходимость сказать что-то интеллектуально респектабельное в рамках дисциплинарной парадигмы, которая, как нам известно, интеллектуально скомпрометирована;

4) необходимость демонстрировать контроль над социальными, политическими и экономическими отношениями, которые, в некотором смысле, не подвергаются контролю;

5) необходимость активизировать моральные и политические добродетели в рамках аргументации, использующей их в качестве прикрытия;

6) необходимость создать впечатление реальности и последовательности мышления в рамках аргументации, не обладающей ни одним из этих качеств.

Итак, я хочу предположить (и это, пожалуй, самый суровый срез), что в *рамках господствующей парадигмы правовой науки* немного можно

---

<sup>81</sup> Что здесь происходит? Это означает: к черту бритву Оккама, или как? Этот парень читал Куна? Кто-нибудь знает?

сказать из того, что имело бы непреходящую ценность. Главным образом это репетиция формы, жанра — очевидно, не самого лучшего<sup>82</sup>.

У меня есть веселый и не очень веселый конец.

Веселый конец сводится к тому, что так было не всегда. И, возможно, так не должно быть сейчас.

Невеселый конец звучит так: во многих отношениях будет еще хуже. В игру вступили силы — рейтинги, управленцы, желающие повисить репутацию своих факультетов, состояние неуверенности молодых (и старых) членов факультетов, повсеместное торжество помо (гм, гм, так сказать)<sup>83</sup> — все эти силы будут объединяться для производства все большего количества спамовой юриспруденции.

И тогда что-нибудь да произойдет.

### Литература

*Харт Г. Л. А.* Понятие права / пер. с англ. Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидкина и С. В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. 302 с.

*Balkin J.* What Roe v. Wade Should Have Said: America's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision. New York University Press, 2005. 304 p.

*Balkin J.* What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision. New York University Press, 2001. 336 p.

*Beckett S.* Waiting for Godot. Grove Press, 1954. 109 p.

*Chapman B.* The Rational and the Reasonable: Social Choice Theory and Adjudication // University of Chicago Law Review. 1994. N 61. P. 41–122.

*Cover R. M.* The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative // Harvard Law Review. 1983. N 97. P. 4–68.

*Ely J. H.* Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Harvard University Press. 1980. 268 p.

*Messud C.* The Emperor's Children. New York: Vintage Books, 2006. 478 p.

*Monk R.* Ludwig Wittgenstein: The Duty of Genius. London, 1990. 654 p.

*Schlag P.* Normative and Nowhere To Go // Stanford Law Review. 1997. N 43. P. 167–191.

*Schlag P.* Law and Phrenology // Harvard Law Review. 1997. N 110. P. 877–921.

*Schlag P.* My Dinner at Langdell's // Buffalo Law Review. 2004. N 52. P. 851–863.

*Schlegel J. H.* Langdell's Legacy or, The Case of the Empty Envelope // Stanford Law Review. 1984. N 36. P. 1517–1533.

### References

Balkin J. *What Roe v. Wade Should Have Said: America's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*. New York University Press, 2005. 304 p.

<sup>82</sup> Эй? Есть кто на полную ставку? Мы что-то здесь забыли?

<sup>83</sup> Вы никогда не должны этого говорить. Также я должен сказать: я смотрел «Бесконечное лето». И знаете что? Вы знаете, кто на самом деле все пропустил? Ближе к концу один из серфингистов отвечает: «Нет, парень, это Ты пропустил все... потому что...». Так что если вы, дорогой читатель, сможете провести правильную аналогию, я думаю, что параллели с автором здесь вполне очевидны. Вот так. Я ухожу.

Balkin J. *What Brown v. Board of Education Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision*. New York University Press, 2001. 336 p.

Beckett S. *Waiting for Godot*. Grove Press, 1954. 109 p.

Chapman B. The Rational and the Reasonable: Social Choice Theory and Adjudication. *University of Chicago Law Review*, 1994, no. 61, pp. 41–122.

Cover R. M. The Supreme Court, 1982 Term — Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, 1983, no. 97, pp. 4–68.

Ely J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980. 268 p.

Hart H. L. A. *Poniatie prava* [Concept of law]. Transl. from engl. E. V. Afonasin, M. V. Babak, A. B. Didikin i S. V. Moiseev. Saint Petersburg, St. Petersburg. Univ. Press, 2007. 302 p. (In Russian)

Messud C. *The Emperor's Children*. New York, Vintage Books, 2006. 478 p.

Monk R. *Ludwig Wittgenstein: The Duty of Genius*. London, 1990. 654 p.

Schlag P. Normative and Nowhere To Go. *Stanford Law Review*, 1997, no. 43, pp. 167–191.

Schlag P. Law and Phrenology. *Harvard Law Review*, 1997, no. 110, pp. 877–921.

Schlag P. My Dinner at Langdell's. *Buffalo Law Review*, 2004, no. 52, pp. 851–863.

Schlegel J. H. Langdell's Legacy or, The Case of the Empty Envelope. *Stanford Law Review*, 1984, no. 36, pp. 1517–1533.