

Ценностные ориентиры судебного решения: Валерий Дмитриевич Зорькин против Тамары Георгиевны Морщаковой

В последние несколько лет Конституционный Суд Российской Федерации, что называется, на слуху журналистов, юридической общественности и ученых-конституционалистов: ссылка в Питер, сомнительное, по мнению ученых, постановление по ходатайству Верховного Суда России о возможности применения смертной казни, блестящее, по оценке «Новой юстиции», постановление о правовых позициях высшей судебной инстанции, читай: судебном прецеденте.

А еще обнаружилось, что среди наших конституционных судей царит вольнодумство. То рекордсмен суда по особому мнению Анатолий Леонидович Кононов публично заявит, что разочарован законодательством о выборах и перестал в них участвовать. То не менее «вредный» Владимир Григорьевич Ярославцев разоткровенничает с испанской журналистской и заявит, что чувствует себя сегодня как на «развалинах правосудия».

Да что говорить о судьях, если даже среди руководителей Конституционного Суда согласия нет. 19 июля 2004 года «Новая газета» под заголовком «...И суда нет. Диагноз доктора Морщаковой» опубликовала пространное интервью журналиста Леонида Никитинского с профессором Тамарой Георгиевной Морщаковой. 20 июля профессор Валерий Дмитриевич Зорькин отреагировал на публикацию, передав в «Российскую газету» статью под названием «Осторожно: праворазрушительство!», которая вышла из печати 22 июля. Вероятно, спор двух ученых на страницах общероссийских газет о ходе судебной реформы не привлек бы столь значительного внимания юридического сообщества, если бы не высокие посты вступивших в полемику: профессор Зорькин был в 2004 г., как и сегодня, Председателем Конституционного Суда России Федерации, а профессор Морщакова с 1995 по 2002 г. была заместителем Председателя КС, после чего, уйдя в 2002 г. в отставку, продолжает работать в суде в статусе советника.

«Новая юстиция» попросила проанализировать спор двух известных судей, ученых и руководителей специалиста по риторике и философии права Аниту Карловну Соболеву. Она защитила кандидатскую диссертацию на тему «Топика и аргументация в юридических текстах (на материале решений Конституционных Судов России и Германии, Верховного Суда США)» в МГУ, получила звание магистра права в Центрально-Европейском университете, преподает в Высшей школе экономики и является практикующим адвокатом.

Анита Соболева: спор о праве в терминах риторики

Спор двух высокопоставленных судей и признанных ученых, прорвавшийся в публичное пространство в 2004 г., продолжился в последующие годы в выступлениях на форумах и заочных дебатах на страницах газет, обнажив принципиальное несогласие оппонентов по одному из самых обсуждаемых вопросов современной философии права: существуют ли за пределами нормы пра-

ва какие-либо иные стандарты, влияющие на выбор судьями решения в так называемых трудных делах и если да, то кто определяет допустимость и легитимность этих стандартов?¹ Ответ на все остальные вопросы – о путях развития судебной реформы в России,

¹ Griffith J.A.G. *The Politics of the Judiciary*. 3rd ed. 1986; Аарон Барак. *Судейское усмотрение*. М.: Норма, 1999; Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2006; M. Cappelletti. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. 1989. John Hart Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), p. 43–70.

соотношении политики и права, пределах усмотрения судей – в конечном счете, определяется той философской позицией, которую занимают оппоненты данного спора. Но помимо философии права, содержание развернувшейся полемики представляет интерес и с точки зрения риторики, поскольку дает прекрасный материал для исследования приемов и способов юридической аргументации, позволяет глубже проникнуть в понимание методов правового мышления и рассуждения. Заслуживает внимания и сама форма ведения публичной дискуссии, ибо «метод аргументации, который использует человек, является более правдивым показателем его убеждений, чем явно провозглашаемые им принципы»¹. Воссоздание образа ратора путем анализа его публичных высказываний с учетом выбора аудитории и типов аргументов – одна из задач риторической критики, ведь только отделив содержание речи от интересов выступающего можно сделать вывод, следует ли соглашаться с позицией ратора и присоединяться к ней.

Спор двух высокоуважаемых судей на газетных страницах привлек мое внимание, поскольку затронул вопрос, какие «трансцендентальные субстанции» (в терминах Зорькина) или «принципы высшего права» (в терминах Морщаковой) судья может или не может использовать как правомерные основания для принятия судебных решений и где следует искать эти неуловимые субстанции. С точки зрения риторики в данном случае спор идет об общих местах, или топах (греч. *topoi*, лат. *loci*) в правовом мышлении и, в более общем плане, в российской культурной и правовой традиции.

Термин «топ», или общее место, в античной риторике использовался для обозначения исходных предпосылок, по поводу которых имеется согласие и которые позволяют строить дальнейшую аргументацию. Основоположники неориторики Хайм Перельман и Люак Ольбрехт-тытека² пред-

ложили понимать под «общим местом» посылки, которые включаются в обоснование большей части предпочтений и выборов и служат основой для построения ценностей и иерархий (поэтому неориторику называют еще «риторикой предпочтений и выбора»). Немецкий ученый Теодор Фивег³ в середине XX века вернул интерес к топике как методу анализа правовых проблем и принятия решений в праве. Так родился союз риторики и философии права.

Помимо топике, понятийный аппарат риторики содержит набор категорий, применяемых для анализа текстов с точки зрения их убеждающего воздействия на аудиторию. В этом ключе и будут рассмотрены публикации В. Зорькина и Т. Морщаковой.

В качестве материала для реконструкции взяты два «парных» выступления в прессе. Первый заочный диалог происходил на страницах «Новой газеты» в 2004 г.⁴, второй – на страницах журнала «Власть» в 2009 г. В обоих случаях публикации В. Зорькина появились как ответ на публикации Т. Морщаковой, поэтому в них присутствует субъективно-ориентированный диалогизм: профессор Морщакова, хотя и отталкивается от мыслей собеседника, давшего повод ее выступлению (в первом случае – это журналист Л. Никитинский, во втором – заключенный М. Ходорковский), в целом излагает свои взгляды для широкой, но имеющей достаточно четкие ориентиры аудитории, представленной читателями «Новой газеты» и «Ведомостей». Профессор Зорькин же пишет не столько для привычной читательской аудитории этих изданий (средний класс, интеллектуалы с критическим взглядом на мир), сколько для сторонников своей точки зрения в органах власти, для своего личного оппонента Т. Морщаковой и для универсальной аудитории, которой его основные идеи

³ Там же.

⁴ «...И суда нет. Диагноз доктора Морщаковой» // «Новая газета», № 51, 2004 г.; Валерий Зорькин. «Осторожно: праворазрушительство!» // «Новая газета», № 52 от 22 июля 2002 г.; Т. Морщакова. «Эти предложения абсолютно реализуемы» // журнал «Власть» № 25 (828) от 29 июня 2009; В. Зорькин «Право – не "вещь в себе"!» // Журнал «Власть» № 26 (829) от 06 июля 2009.

¹ Richard M. Weaver. The Ethics of Rhetoric. 1953, Chicago, p. 58.

² Perelman, Chaim, Olbrechts-tyteca, Luc. The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. – Notre-Dame London, 1969, p. 83–84.

будут ретранслированы в цитатах другими средствами массовой информации или посредством ссылок в Интернете. Не случайно ответ на публикацию Т. Морщаковой в «Новой газете» он решил сначала через другое издание – «Российскую газету»: было важно вывести дискуссию в иное публичное пространство, представить свою точку зрения не просто более широкой, а иной по составу аудитории. Об этом же свидетельствуют стилистика статьи, типы аргументов, используемые фигуры и тропы.

Но все-таки начнем с общих мест.

Выбор и предпочтения судьи: союз риторики и философии права

В первой из анализируемых статей Т. Морщакова рассуждала, как указывал подзаголовок, «об особенностях российской Фемиды». В беседе с Л. Никитинским судья в отставке достаточно жестко критиковала российскую судебную систему, тщательно анализируя упущения, которые привели к утрате независимости судей и гарантий справедливого судебного разбирательства. Помимо критического анализа хода судебной реформы, Т. Морщакова попутно высказала свои взгляды на конституционное правосудие и попыталась объяснить мотивы, которые определяли ее выбор при принятии судебных решений на протяжении 10 с лишним лет работы в качестве Конституционного Суда.

Отметим, что исследование процесса принятия решений судьями – любимое занятие специалистов по философии права, которые давно пишут о том, что судья, делая выбор, какую норму права и каким образом применить в конкретном деле, иногда вынужден в той или иной мере принимать в расчет, помимо буквы права, и какие-то иные соображения¹. Это особенно четко прослеживается в решениях конституционных и верховных судов, поскольку решения по так называемым трудным делам довольно часто не являются умозаключениями, выведенными

по законам формальной логики из существующих правовых норм, – они находят свое обоснование в более широком контексте, учитывающем соотношенность права со справедливостью и социально-политическими фактами. И суждения самих судей о том, что оказывает влияние на их выбор, просто бесценны, поскольку позволяют искать эти «соображения» не плутая, но путем науки.

Т. Морщакова подходит к объяснению причин своего выбора с обоснования своей главной мировоззренческой позиции: еще с советских времен, когда она была студенткой юридического факультета, в праве ее привлекала «сфера должного, а не сущего». По ее мнению, «именно юрист должен сказать: то, что записано в законе, – неправильно, вранье. Если нормы законодательства входят в противоречие с общими принципами права, право должно ставиться выше». Конституционный Суд в России был только что создан, все были воодушевлены идеями правового государства и верховенства Конституции, но уже в самом начале его работы судьи столкнулись с политически неоднозначными делами. Одно из них было о конституционности Указа Президента Ельцина о запрете 1991 г. Коммунистической партии, второе – о конституционности Указа Президента Ельцина 1993 года № 1400 «О поэтапной конституционной реформе в России». И хотя, по мнению Морщаковой, Конституционный Суд не является судом политическим, а является судом права, его решения, безусловно, становятся фактом политической жизни.

Итак, с одной стороны, политика не должна влиять на принятие решений судом и аргументацию суда, если это суд права. С другой стороны, нельзя не признать, что решения суда при проверке конституционности хотя бы некоторых нормативных актов – как минимум о выборах или политических партиях – не могут не быть связаны с политикой, ведь от того, какое решение примет суд, зависит дальнейшее направление развития политической системы. В таких делах ответ невозможно найти только в тексте Конституции – как не читай, в нем не найдешь ответа «а вопросы, какая система подсчета голосов лучше, и могут ли существ-

¹ См. подробнее о различных подходах в: Legal Reasoning, vol. II. Ed. Aulis Aarnio and D. Neil MacCormic. – Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1992; Neil MacCormick. Legal reasoning and Legal Theory. Oxford University Press, 1978.

воват региональные партии в России. А если есть поле для судебного усмотрения, значит есть необходимость в установлении дополнительных критериев для его ограничения, чтобы к минимуму свести возможности манипулирования нормой права в интересах одной из сторон по соображениям, не имеющим отношения к провозглашенным в конституции ценностям.

Как этого достичь, и где искать эти критерии? Т. Морщакова раскрывает свой подход к принятию решений и пытается обосновать его.

В знаменитом «Деле КПСС», рассмотренном в 1991 г., Конституционный Суд отказался признать конституционным запрет Коммунистической партии, хотя решения о запрете жаждали многие сторонники Б. Ельцина и представители демократического крыла. По данному делу позиция судьи Морщаковой совпала с позицией других судей. Она сама так говорит о причинах своего выбора: «Мне, может быть, и хотелось бы запрета, но мой юридический идеализм этому мешал. Можно ли запрещать идеологию? Наверное, нет, даже если она большевистская. Идеологию надо побеждать идеологией, в том числе в рамках демократических выборов. А запретить партию может только суд, но только не конституционный, а обычный, где доказываются конкретные факты, конкретные правонарушения». Итак, в данном деле политические соображения не повлияли на ее выбор.

Во втором случае Конституционный Суд собрался на экстренное заседание в сентябре 1993 года, на котором принял решение о неконституционности Указа Ельцина № 1400 и дал согласие на импичмент президента. В данном деле Т. Морщакова, в отличие от В. Зорькина и большинства судей, сделала свой выбор, исходя из «высшего права», которое противоречило, по ее мнению, буквальному толкованию оспариваемого Указа. В интервью «Новой газете» в 2004 г. она так объясняет свою позицию: «Да, Указом № 1400 Б. Ельцин фактически отменил тогдашнюю Конституцию. Но что она из себя к этому времени представляла? Чего стоила поправка о том, что Съезд

народных депутатов вправе принять к своему рассмотрению любой вопрос? Ведь есть же высший принцип разделения властей. В тот момент Конституционный Суд обязан был подняться над законодательством, пусть это даже сама Конституция, и судить с позиций высшего права».

Вопрос о том, допустимо ли судьям использовать для обоснования своего выбора при принятии решения какие-либо категории за пределами текста права, особенно в тех случаях когда нормативно-правовой текст изложен ясно и недвусмысленно, неоднократно обсуждала в юридической литературе учеными из разных стран, и хотя полного единства во взгляда; достигнуто не было, большинство согласилось с тем, что судьи могут апеллировать к цели закона, изменениям исторической ситуации, политико-правовым доктринам, социальным теориям, моральным ценностям и общим принципам права, если требуется «приладить» устаревший нормативный текст к идее справедливости с учетом социальных изменений. Главным требованием становится достижение согласия аудитории (других судей, юристов, сторон правового спора, ученых и т.д.) с принятым решением, а это возможно только тогда, когда решение основывается на разделяемых ими всеми ценностях. Если же таковые ценности не существуют, любое ценностное суждение становится оспоримым.

Поскольку российское посткоммунистическое общество сильно фрагментировано и характеризуется отсутствием общей национальной идеи в силу того, что старые ценности разрушены, а новые еще не сложились, любое обращение к ценностям или доктринам, будь то демократическим, либеральным, коммунистическим, религиозным или иным, вызывает неприятие со стороны той или иной части населения. В этой ситуации возникает вопрос, какие же ценности, понимаемые в неориторике как общие места, должны превозноситься и проводиться в жизнь в большей мере? Ответ Аристотеля: общие места должны согласовываться с общепринятыми воззрениями и вызывать доверие или у всех, или у большинства, или у мудрых, или у самых

известных из них¹. Проблема России оказалась в том, что наиболее мудрые и известные из судей Конституционного Суда разошлись в подходе к использованию ценностей для принятия решений, хотя на самом деле они могут разделять (и, надеюсь, что разделяют) одни и те же ценности, воплощенные в нашей Конституции.

Явно выраженное противостояние между двумя яркими профессионалами заставляет нас задуматься о том, а можем ли мы найти какие-либо ценности, которые бы объединяли в настоящий момент российское общество?

Председатель КС В. Зорькин начал свой ответ, обратившись к праву и западноевропейской правовой традиции, указав на то, что право – «категория, безусловно, западная». Запад выдвинул лозунг «свободу, равенство, братство», который стал идеалом и целью всех буржуазных революций. Наиболее важным было равенство, и прежде всего, равенство перед лицом закона. В. Зорькин подчеркивает: «Закон для всех один! Закон неумолим и неподкупен! Закон превыше всего! Равенство всех перед законом – единственный вид абсолютного равенства, совместимый с рынком и политической демократией. Если нет этого вида равенства – общество погибает». И ставит акцент: «Пусть погибнет мир, но восторжествует право. Философ, настаивавший на подобном, не был мироненавистником. Он просто понимал, что без права мир погибнет...».

Итак, В. Зорькин с самого начала ясно заявляет, что для него Право само по себе – это ценность, причем ценность, стоящая в иерархии выше, чем остальные завоевания западной цивилизации и мысли. Далее, он выражает свое несогласие с любым решением, в основе которого лежат соображения политической целесообразности, и заявляет о своей приверженности строгому соблюдению существующих правовых норм, какими бы они ни были в данный момент: «Защищать право – всегда и во всем. Борьбаться за то, чтобы Россия взяла правовой барьер. И стала действительно правовым государством. Сознать при этом, как

далек подобный идеал от действительности. Терпеливо сокращать эту дистанцию – вот что такое для меня быть судьей вообще и конституционным в первую очередь».

Строгая приверженность Праву, понимаемому как совокупность писанных текстов Конституции и статута, приводит В. Зорькина к ярко выраженному, высоко эмоциональному неприятию любых попыток интерпретировать право в более широком контексте: «И потому особо я не приемлю, когда под правозащитными лозунгами сознательно осуществляется праворазрушительная деятельность в прямом юридическом и общественном смысле этого слова».

Однако В. Зорькин уходит от вопроса о том, что он лично понимает под правом. Установленные или санкционированные государственной властью нормы – это лишь первый, самый нижний ярус правовой системы. Иногда обращения к нему бывает достаточно для того, чтобы решить правовой спор. Но иногда решение правового спора исключительно в соответствии с нормой приведет к явно несправедливому решению. С этим постулатом не спорит и профессор Зорькин: в лекции «Конституционные основы правового государства в России. Проблемы реализации» в рамках «Сенатских чтений» он констатирует, что применять нормы права «необходимо в рамках реальности, иначе она отвергнет все нормы»².

Но в таком случае приходится обращаться к стандартам более высокого порядка, чем нормы. Вопрос, следовательно, в том, где и как мы должны искать эти стандарты, чтобы, с одной стороны, обеспечить стабильность и последовательность в функционировании правовой системы в соответствии с представлениями общества о справедливом (в том числе справедливом как честном, то есть осуществленном по заранее известным всем игрокам правилам), а с другой стороны – избежать произвола при решении правовых споров, опасность которого таится в открытом признании возможности применять на практике какие-то иные стандарты,

¹ Аристотель. Топика. – Соч. в 4-х т., М: 1978, т. 2. С. 359.

² Валерий Зорькин обеспокоен уровнем правосознания. Газета «Коммерсантъ» № 63 (4118) от 9 апреля 2009.

кроме норм, – причем стандарты, не закрепленные на бумаге в виде текста, а существующие чисто умозрительно.

По своей сути спор Т. Морщаковой и В. Зорькина – это отражение ставшего классическим спора между Рональдом Дворкиным и Х.Л.А. Хартом.

Позитивизм Харта и интерпретивизм Дворкина

Рональд Дворкин предпринимает атаку на позитивизм, пытаясь подойти к вопросу «Что есть право?» не с точки зрения прав и обязанностей, а с точки зрения тех результатов, к которым ведет использование теорий права. Выбрав как цель для нападков теорию Харта в силу ее наибольшей сложности, в книге «Модель из норм I» Дворкин оспаривает позитивистскую модель как состоящую исключительно из норм, сила которых определяется не по их содержанию, а исключительно по их родословной – акту принятия. В сборнике статей «О правах всерьез» он утверждает, что правовые системы несводимы целиком и полностью к одним лишь только нормам. Наряду с ними, а часто своим действием в правоприменительной практике изменяя или сводя эффект норм к нулю, действуют также и другие стандарты: общие принципы и проводимые курсы действий (*policies*)¹, к которым судам приходится прибегать при разрешении «трудных дел», то есть таких, в которых применение юридической нормы в ее неизменном виде неизбежно привело бы к вынесению несправедливого решения. «Позитивизм, как я утверждаю, – пишет Дворкин, – это модель, разработанная для норм или системы норм, и его центральное положение об одном-единственном фундаментальном тесте для определения, что такое право, заставляет нас упускать из виду важную роль тех стандартов, которые не являются нормами... Я называю "кур-

сом" такой тип стандарта, который задает цели, которые необходимо достигнуть, – в наиболее общем виде это улучшение какой-либо экономической, политической или социальной характеристики сообщества (хотя некоторые цели являются отрицательными, поскольку направлены на защиту какой-либо существующей черты от возможных изменений). Я называю «принципом» такой стандарт, который надо соблюдать не потому, что он улучшает или сохраняет экономическую, политическую или социальную ситуацию, рассматриваемую как желаемую, а потому, что так требует справедливость, честность или иное изменение морали».²

В понимании Дворкина, принципы и курсы в корне отличаются от норм, поскольку норма применяется автоматически, если выполняются условия ее действия, а принципы и цели выступают всего лишь как ценности или соображения, которые еще следует взвесить; иногда они будут носить решающий характер, а иногда будут игнорироваться или уступать другим, противоположным ценностям. Следовательно, эти элементы находятся за пределами структуры, выстроенной из норм, дополняя правовую систему. Нормы могут меняться или отменяться в результате обсуждения в законодательном органе, в то время как принципы в процессе обсуждения изменены быть не могут, но именно набор принципов всегда лежит в основе правовой системы, ибо ему присуща та стабильность, которой система норм не обладает.

Дворкин пытается доказать, что мы должны рассматривать принципы как составную часть права, но, в отличие от норм, их происхождение «лежит не в конкретном решении какого-либо законодательного органа или суда, а в чувстве надлежащего, развившегося у профессионалов и в обществе с течением времени».³ Позитивист может возразить, замечает Дворкин, что принципы не могут считаться правом, поскольку их авторитетность и весомость достаточно

¹ Р. Дворкин использует термин «*policies*», семантическое поле которого отличается от семантического поля русского слова «политика» (соответствующего английскому *politics*). В данном случае речь идет о целях, линии действий, проводимом курсе действий, стратегии действий.

² *Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously*, p. 22.

³ *Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously*, p. 40.

противоречивы. Действительно, невозможно продемонстрировать весомость конкретного принципа так, как возможно продемонстрировать авторитетность и весомость нормы, указав на ее происхождение – акт конгресса или решение суда. Но это вовсе не означает, что принципы не являются обязывающим правом. Да, они не вписываются в позитивистский тест родословной, но это говорит лишь о том, что данный тест не может считаться универсальным.

Принцип выше нормы?

В. Зорькин пытается оспорить позицию Т. Морщаковой, отказываясь признавать (в традициях позитивизма) наличие принципов, которые могут даже в «трудных делах» ставиться выше принятых законодателем норм права. Цитирую: «В своем интервью госпожа Морщакова ставит во главу угла некий «принцип высшего права». Это фактически неприкрытый аналог высшей целесообразности [...]». Он обвиняет Т. Морщаккову в том, что ее идея высшей целесообразности в 1993 году была превращена в индульгенцию на расстрел парламента.

При этом чисто теоретически судья Зорькин не отрицает существования некоторых высших принципов: «Я понимаю, что над правом стоит некий высший смысл, который Гегель и Кант понимали по-разному. Но я знаю и то, что каждый очередной виток апелляции к трансцендентальному правосознанию оборачивается простым бесправием, подчинением права некой высшей целесообразности».

Итак, позиции обеих сторон ясны. У каждой из сторон – свои аргументы, с которыми на первый взгляд трудно не согласиться. Но в рассуждениях обоих судей отсутствует понятие справедливости как универсальной ценности, и если бы им удалось придти к единому пониманию того, что есть справедливость, они, возможно, смогли бы привести свои взгляды к общему знаменателю. Следует заметить также, что, вне всякого сомнения, существуют ценности, которые разделяются обоими судьями в равной мере – это такие ценности, как демократия, верховенство права, гражданские права и свободы.

Но, как справедливо заметили Перельман и Ольбрехт-тытека, каждая конкретная группа людей «менее характеризуется тем составом ценностей, которые она принимает, чем шкалой, по которой оценивает их важность»¹. У Т. Морщаковой и В. Зорькина – различная степень восприятия одних и тех же ценностей из единого списка, и они по-разному выстраивают их в иерархии.

Само по себе «Право» как общее место для В. Зорькина стоит в иерархии ценностей выше, чем «Политика» или «Мораль» (при этом следует заметить, что «Право» понимается им в строгом позитивистском смысле, т.е. как совокупность писанных норм).

Т. Морщакова готова пожертвовать «Буквой права» ради «Максима права» (преимущественно включающих процессуальные нормы, призванные обеспечить справедливое судебное разбирательство и берущие начало из римского права), «Принципов права», «Правовых концепций» (таких как, например, «разделение властей»).

Второй источник несогласия между авторами статей – источник тех принципов, которые могут применяться в праве как посылки самого общего типа и служить основой согласия между всеми судьями. Как и откуда мы можем вывести эти «высшие принципы»?

В. Зорькин утверждает, что Т. Морщакова не может дать «имя» этой трансцендентальной субстанции, которую она называет «высшим правом», и что она держит в секрете основные принципы права, к которым апеллирует. В его представлении это противоречит любым демократическим и правовым формам. Такой подход он сравнивает с подходом уголовного мира, который живет «по понятиям», когда члены преступного сообщества без всяких писанных правил знают, что хорошо, а что плохо, кто свой, а кто чужой, кто прогрессивен, а кто тянет всех назад. «Общие места» преступной субкультуры известны только членам этого закрытого сообщества, только члены сообщества могут их применять, и обязательны они только для членов сообщества. В. Зорькин обвиняет Т. Морщаккову, что и ее «высшие

¹ Perelman, Chaim, *Olbrechts-tyteca*, Luac. Цит. соч., с. 81.

принципы права», или трансцендентальные субстанции, которые она кладет в основу своего выбора при принятии решения, известны, вероятно, только ей одной, «заперты у нее в сейфе и выдаются только членам ее салона, видимо, в условиях особого доверия». Вопрос В. Зорькина: как стать членом этого «салона»? В советское время (и с этим утверждением В. Зорькина невозможно не согласиться) большевистская логика с ее ценностями и иерархиями (в риторических терминах – с ее системой общих мест) «была развернута обоснована и предъявлена обществу в виде учения Маркса, Энгельса, Ленина. Их труды стояли на всех полках – бери, читай трансцендентальные основания». А на каких условиях можно войти в «салон госпожи Морщаковой»? – задается вопросом В. Зорькин. Ответ на этот вопрос, на самом деле, прост и содержится в первых двух статьях Конституции РФ: достаточно исходить из приоритета прав и свобод человека и разделять точку зрения, что демократия и правовое государство – ценности, лежащие в основе нашего конституционного строя, а не благая цель, столь же далекая и призрачная, как коммунизм или всеобщее братство.

Ценностные ориентиры

Диспут обнажил мировоззренческий конфликт двух судей и ученых, и для анализа его причин важно понять, почему люди, которые должны бы, по идее, разделять одни и те же идеалы и ценности, не смогли прийти к соглашению о том, могут ли эти ценности, приверженность которым они публично провозглашают, определять их выбор при вынесении судебного решения.

Не секрет, что судьи принимают решение, согласуясь со своим внутренним убеждением, а затем уже подыскивают аргументы в оправдание сделанного выбора. Именно поэтому более сильные аргументы могут быть ими проигнорированы, а слабые – лечь в основу решения. Не имеет значения, как они называют категории, определяющие их выбор – общими местами, топами, принципами высшего права, трансцендентальными субстанциями, общими

принципами права, моральными оценками, источниками внутреннего убеждения или принципами революционного правосознания – они их используют, и в большинстве случаев добиваются согласия и присоединения аудитории к сделанному выбору.

Однако, когда общество нестабильно и многонационально, находится в переходном периоде к иной политической и социальной системе и переживает трансформацию основополагающих идеологических установок, трудно найти общие ценности, которые бы объединяли нацию и позволяли судьям выстраивать аргументацию, рассчитанную на всеобщее согласие. Именно поэтому судьи предпочитают не апеллировать непосредственно к ценностям или моральным воззрениям, а пытаются обосновать свой выбор, вовлекая иные аргументы, более тесно «привязанные» к тексту права, например, намерение законодателя, цель закона, аналогию и т.д. Профессиональный судья всегда найдет аргументы, проистекающие якобы из текста права, в поддержку своей политической или моральной позиции. Но в критической ситуации, когда историческое развитие приводит к разрушению старых ценностей и построению новых, общество может разумно ожидать от судей, что они заявят о своем моральном или политическом выборе прямо.

Например, в американской истории попытки судов избежать обращения к морали в своих решениях в тех ситуациях, когда моральные ценности не выступали для всех в качестве единых непререкаемых истин и требовали от судей, чтобы они сделали свой моральный выбор и обосновали его, определялись исследователями как моральная трусость судей, а не как приверженность букве закона (примером может служить критика решений Верховного суда США «Дред Скотт против Сэнфорда» и «Плесси против Фергюссона», закреплявших расовую сегрегацию). Строгая, или буквальная, интерпретация, приверженность которой демонстрировали многие судьи в различных странах и юрисдикциях, зачастую оказывалась попыткой оправдать нежелание судебной власти создавать и продвигать в правосознание общества новые взгляды

на мораль и право, хотя часто у судей была возможность делать это, не вмешиваясь в прерогативы законодательной власти.

Больше топов – лучше выбор

Когда суд в своих решениях приводит исключительно аргументы в пользу принятого решения и намеренно обходит все другие возможные аргументы, то есть оставляет без рассмотрения иные точки зрения на проблему, которые должны быть приняты во внимание в рамках демократического процесса принятия решений, всегда возникает подозрение в том, что он пристрастен или не вполне независим.

Мое критическое замечание к процессу принятия решений в Конституционном Суде России состоит как раз в том, что суд не всегда стремится найти и проанализировать максимально возможное число точек зрения, чтобы потом сделать вывод. Если бы у нас была ситуация, когда решения принимаются в результате обсуждения аргументов из максимально возможного числа общих мест (топов), диспут между юристами имел бы иную плоскость: вместо того, чтобы бесперспективно обсуждать, может ли суд (а следовательно, и стороны в своей аргументации) использовать какие-то «трансцендентальные категории» и где следует их искать, мы бы стали детально обсуждать, какие ценности, доктрины, общие принципы права, результаты сравнительно-правовых исследований, статистические данные, правовые концепции, социальные учения, прагматические соображения, перспективы развития в будущем, моральные оценки и т.д. следует принять во внимание при рассмотрении конкретного дела, как выстроить все полученные аргументы в иерархию и определить, какие из полученных аргументов представляются более весомыми. В таком случае нам не пришлось бы выбирать между буквой права (легализмом В. Зорькина) и принципами права (аксиологизмом Т. Морщаковой). Оба подхода стали бы просто двумя видами аргументов в процессе принятия решений, где вывод зависит от числа и веса всех, а не только этих двух, аргументов «за» и «против».

Именно это может спасти от непрозрачности и произвольности процесса принятия решений судьями.

Пафос и логос

В интервью, данном «Новой газете», Морщакова обсуждает недостатки судебной реформы и ситуацию с правом в нашей стране. Во второй публикации – статье «Эти предложения абсолютно реализуемы»¹ – она продолжает тему, используя тезисы Ходорковского исключительно как отправную точку для изложения своих собственных взглядов, которые давно известны юристам-профессионалам, следящим за ее выступлениями. С риторической точки зрения текст построен по хрестоматийной схеме»². В кратком вступлении говорится о том, что в обществе нет разногласия в вопросе о том, нужна ли судебная реформа, хотя у разных кругов с ней связываются разные ожидания. Далее идет теза – как бы «речь в речи», свернутая до одной фразы, которая готовит аудиторию к позиции ратора по основному предмету речи: «Судебная реформа в сложившихся условиях должна предшествовать всему модернизационному процессу».

Из трех способов убеждения, которыми оперирует риторика – апелляция к разуму (логос), апелляция к эмоциям (пафос) и воздействие силой авторитета или личности говорящего (этос) – Т.Г. Морщакова делает ставку на логос. Она перечисляет предложения Ходорковского и подробно их анализирует, доказывая состоятельность или несостоятельность каждого из них. При этом используются следующие виды аргументов: аргумент направления – перечисление шагов и мер, которые необходимо предпринять для укрепления статуса независимости судей; аргумент к смыслу – объяснение, почему эти меры повысят статус судей и укрепят их независимость; прагма-

¹ Журнал «Власть», № 25 (828) от 29.06.2009.

² См., например, А.А. Волков. Основы риторики. М.: Академический проект, 2003, с. 181–258, Ю.В. Рождественский. Риторика (как избежать ошибок при общении). Грозный, Книга, 1992, с. 40–43.

тические аргументы – обоснование, почему предложенные меры вписываются в систему общественных ожиданий и полезны самим судьям. Со стилистической точки зрения речь характеризуется практически полным отсутствием фигур и тропов¹, особенно во второй публикации. Исключение составляют поговорки (начали за здравие – можем закончить и за упокой, суд – не на осуд, а на рассуд) и редкие ряды антитез. Фраза «не личности должны быть гарантиями против законов, а, напротив, законы создают гарантии против недолжного поведения людей» содержит, помимо антитезы, такую красивую фигуру речи, как антиметабола (симметричный повтор левой части сложного предложения в его правой части таким образом, что субъект и предикат меняются местами). Используемые эпитеты не носят ярко выраженного авторского характера и используются, скорее, неосознанно – не как средство украшения речи, а как средство уточнения мысли («мелочные и проблематичные поправки»). Из фигур диалогизма встречается риторическое восклицание («Где же этот «рассуд»?!) и риторические вопросы («Насколько вообще реализуемы подобные предложения? Не утопичны ли они для России?»), при этом апелляция к эмоциям имеет место только в первом случае, а во втором автор готовит аудиторию к тому, что сейчас будет дан ответ и будут приведены доводы в его обоснование.

Метафор в обоих текстах немного, и основным является подход к суду как к организму: «диагноз доктора Морщаковой» – судебная система больна. Далее разворачивается метафорический ряд, создающий приращение смысла: больному организму нужен «оздоровляющий эффект суда присяжных», нужно «спасительное лекарство, которое может изменить всю судебную систему», реформа нужна, «как кислород».

В обеих статьях В.Д. Зорькина теза формулируется не в самом начале, а после про-

странных вступлений, которые было бы правильнее назвать отступлениями, поскольку они не имеют прямого отношения к теме судебной власти. В первом случае вступление делится на три части: дается авторская оценка конфликту сверхдержав СССР и США, упоминается Запад в качестве «пионера права как центра социума», содержатся рассуждения о недостижимости высшего идеала как такового и высшего идеала права, в частности. Столь длительное вступление потребовалось автору, чтобы заявить свою систему общих мест. Из текста они вытекают как несколько пар взаимосвязанных понятий, внутри которых скрыт конфликт: «кто-то когда-то/мы здесь и сейчас», «западное право/идеал», «идеал/реальность». Вся последующая аргументация подводит нас к тому, что идеалом можно восхищаться, но попытка претворить его в жизнь неизбежно ведет к разрушению, – в когнитивной модели автора эта антиномия непримирима.

Ожидания читателя увидеть аргументы по существу спора не оправдываются: в стилистике В. Зорькина правит не логос, а пафос – текст рассчитан на эмоциональное восприятие аудиторией и не предполагает формирования рациональной эмоции. Автор стремится добиться согласия и присоединения аудитории к своей точке зрения за счет формирования у читателя определенного эмоционального настроения, но при этом совершает типичную риторическую ошибку: переносит на аудиторию свои субъективные переживания. Однако «эмоциональное состояние говорящего в принципе не может стать эмоциональным переживанием слушающего», – учит риторика². О том, что ставка делается на пафос, говорит и построение речи, и характер аргументации, и обилие «цветов красноречия» – риторических фигур и тропов (украшенность речи). Такой тип речей характерен для устной публичной речи и пропаганды, причем не перед специализированной аудиторией (объединенной общностью профессии, образовательным уровнем, сходными запросами и интересами), а

¹ Тропы – использование слов в необычном для них (например, переносном) или преобразованном значении (метафора, метонимия, эпитет, олицетворение и т.д.). Фигуры – воспроизводимые приемы словесного оформления мыслей (различные виды повторов, антитеза, градация, цитата, аллюзия, риторический вопрос и т.д.).

² Ю.В.Рожественский. Риторика, или как избежать ошибок при общении. Грозный, Книга, 1992, с. 19.

перед универсальной и многочисленной (митинг, толпа, сход), где нет возможности развернуть логическую аргументацию, поскольку у аудитории нет ни времени, ни возможности, ни специального навыка (присущего экспертному сообществу) критически оценивать аргументы.

Оба текста В. Зорькина характеризуются обилием фигур – необычным, по сравнению с повседневной речью, употреблением слов и синтаксических конструкций. В тексте много антитез, часто соединенных с метафорами. Встречается изящный хиазм¹: «Большой цинизм может использовать чей-то идеализм. Но идеализм от этого не превращается в цинизм». Обращает на себя внимание частое использование такой фигуры как интерпретация (она же «истолкование» или «вставка») – дополнение к основному содержанию второстепенной информации в виде вводного предложения или оборота с поясняющим, но чаще модально-оценочным значением: «выводит себя из разряда лиц, отвечающих (хотя бы интеллектуально) за качество судебной реформы»; «Это же восхищение к западному праву диктовало мое отношение к советской системе (в которой было много неправового)» и т.п. Ее использование придает тексту дополнительную окраску, выдавая глубоко личное, эмоциональное отношение автора к дискуссии, но вместе с тем «уводит» читателя в сторону от основной проблемы.

Для усиления эмоционального воздействия текста В. Зорькин использует различные средства амплификации (усиления), преимущественно всевозможные виды повторов: в тексте много плеоназмов (избыточных повторов слов) и эпимон (избыточных повторов мысли). Некоторые виды повторов могут быть очень красивыми (например, анафоры, эпифоры, репризы), но когда они используются чрезмерно, то могут свести на нет убеждающий характер не только юридической публицистики, но и политического агитпропа. Например, стиль В. Зорькина отличается обилием полиптотонов – повторов в рамках одного

или нескольких близлежащих предложений однокоренных слов или одного слова в различных грамматических формах: «наша интеллигенция... сохранила чувство вкуса. И может оценить с этой вкусовой позиции пассаж...». Но как и любой другой вид повтора, полиптотон таит опасность: он легко переходит в неоправданное многословие, как, например, во фразе: «Я имею в виду нереализуемое триединство, ставшее высшим выражением и путеводной звездой всех буржуазных революций... Критики этих революций много говорили о нереализованности идеала. Но, увы, идеал никогда не реализуется в нашей действительности полностью». Здесь повторяются три ряда однокоренных слов, причем приращения смысла явно не происходит.

Контекстных метафор в текстах В. Зорькина не так много, как можно было бы ожидать при ставке на пафос. Его основная метафорическая модель – это модель стихии. Право в ней – как корабль, которому, чтобы плыть, нужны паруса и ветер. В такой модели миропонимания нет субъекта, есть неизведанная, непостижимая стихия – водная или огненная. Есть «глубина неблагополучия», есть «историческая энергия», есть «нагрев истории», «горнило ужасных конвульсий». При бессубъектной когнитивной модели вполне естественно должны были возникнуть вопросы: «Кто будет субъектом, который соединится с этими технологиями? Как вообще этот субъект может конституироваться в данной исторической обстановке?», которые мы и находим в тексте.

Аргументация строится, прежде всего, на компрометации позиции оппонента, для чего в качестве одного из средств используется аналогия. Например, проводится аналогия между взглядами Т. Морщаковой и взглядами Гитлера, на основании того, что Морщакова называет ленинградскую школу права реакционной. Это, по мнению В. Зорькина, означает выделение группы лиц по региональному критерию и может привести в конечном итоге к последствиям, сопоставимым с этнической чисткой. Однако любая аналогия легко опровержима, а данная в особенности: ни одна научная школа никогда не включает в себя всех прожива-

¹ Хиазм – «зеркальное» изменение грамматической структуры предложения, когда в конструкции первый член совпадает с четвертым, а второй – с третьим.

ющих в данном месте или преподающих в данном вузе, она является характеристикой научных взглядов определенной группы, а не характеристикой личности конкретных ученых. Назвать школу реакционной – не значит призывать к истреблению тех, кто является ее последователями. Проведение аналогии со взглядами Гитлера, следовательно, безосновательно, и не может служить доводом, почему взгляды оппонента на судебную реформу неверны.

Аналогия уязвима и в следующем случае: «В своем интервью госпожа Морщакова ставит во главу угла некий «принцип высшего права». Это практически неприкрытый аналог высшей целесообразности...» Контраргументацию можно выстроить разными способами, например, используя сравнение: «высшие принципы права и высшая целесообразность столь же похожи, как астрономия и астрология». Но если строить контраргумент без использования тропов, то достаточно просто указать на то, что принципы и цели – два разных понятия в языке и два разных стандарта в правовой интерпретации, на что, кстати, указывал и Р.Дворкин, проводя различие между «principles» и «policies». А если принципы высшего права не есть аналог высшей политической целесообразности, то и последствия принятия решений на основе принципов не будут такими же, как последствия решений, принятых по политическим мотивам. Соответственно, оказывается скомпрометированным и использованный Зорькиным аргумент транзитивности: «принцип высшего права – высшая целесообразность – революционные тройки и трибуналы – расстрельный ров», – поскольку прерывается логическая связь между первым и вторым членом цепочки.

Используется также аргумент несовместимости – в частности, когда утверждается, что критика Т.Г. Морщаковой существующей правовой системы и ее критические высказывания несовместимы с ее высоким статусом судьи. Он дополняется аргументом *ad personam* (к человеку) – прямыми нападениями на личность оппонента, хотя и смягченными вежливыми комплиментами: «образованный судья», «высокий профес-

сионал в сфере юриспруденции», который «не может не знать...».

Часто используется прагматический аргумент, но он используется как бы «наоборот» – автор анализирует ситуацию с точки зрения наихудших последствий, что характерно, когда аудиторию отговаривают от действий. Автор пугает нас разрушением России, погромами, правовым беспределом, расстрельными рвами, но не объясняет, почему все эти ужасы должны непременно произойти, если нормы права будут дополнены иными стандартами – например, теми же «нереализуемыми» пока принципами справедливости и равенства.

В статье «Право – не вещь в себе» автор делает акцент на бесполезность любых видов дискуссий и невозможность вести диалог, поскольку в нем участвуют непрофессионалы (указание на Ходорковского). Стандартным контраргументом в этом случае может являться поговорка «если поп грешен, это не значит, что проповедь плоха». Аргумент о том, что о судьбе судебной реформы могут и должны рассуждать не только ученые юристы, можно подкрепить цитатой из книги венгерского академика, судьи Европейского Суда по правам человека Андраша Шайо, который в книге «Самоограничение власти» написал: «При определении того, какими должны быть башмаки, интересы компетентных башмачников остаются в стороне. Болят-то мои ноги, промокает-то моя обувь из-за удобных им «профессиональных позиций», интересов. Корпоративизм – господство сапожников и башмачников. «Специалист» – это цеховой ремесленник, который благодаря организации по профессиональному принципу получает хороший доход»¹.

В качестве аргумента используется и такая риторическая уловка, как «чтение в сердцах»². В. Зорькин отвечает на довод Ходорковского о том, что суды пора реформировать, так: «Вы лично проиграли нечто за счет того, что суды оказались в определенный момент в резонансе с невыгодной для вас сиюминут-

¹ А. Шайо. Самоограничение власти: краткий курс конституционализма», М: Юрист, 1999, с. 17.

² Поварнин, с. 533.

ной политической конъюнктурой...», и привлекает внимание читателя к разрыву между словом и делом у Ходорковского: «Когда суды по инициированным вами хозяйственным и иным проблемам принимали решения в вашу пользу, вам нравилась их зависимость, не правда ли? Потому что это была зависимость от вас». Подобный риторический ход тоже давно описан в литературе: «Уйти от предмета обсуждения, оставить в стороне выдвинутый тезис можно и с помощью такой уловки – перевести спор на противоречия между словом и делом, взглядами противника и его поступками, образом жизни. Показав несоответствие выдвинутого тезиса действиям оппонента, ставят противника в неловкое положение, сводят фактически спор на нет»¹.

В тексте находим и примеры такой риторической уловки, как «ставка на ложный стыд»: при ее использовании доводы, которые надо бы привести в обоснование аргумента, подменяются фразами типа «Вы не можете не знать...». Например, в тексте находим: «Юрист не может не понимать, что такое правосубъектность. Юрист не может технологизировать состояние юриспруденции, не задаваясь вопросом, кто будет субъектом, который соединится с этими технологиями?»; «Юрист-профессионал (разумеется, серьезный юрист, а не новичок-недоучка), которому скажут, что в сфере юриспруденции надо сделать то-то и то-то, всегда ответит...». Автор рассчитывает на то, что, поскольку никому из юристов не хочется признать себя непрофессионалом или недоучкой, они не станут оспаривать некорректное употребление термина, а неюрист просто не знает, что такое «правосубъектность», поэтому согласится с позицией автора. «Только такой аргумент не действует на настоящих профессионалов, – замечает Поварнин, – они ждут рациональных доводов»².

¹ Павлова Л.Г. Спор, дискуссия. Полемика. М.: Просвещение, 1991, с. 102–103.

² Поварнин С.И. Спор. О теории и практике спора. 1918 г. // Логика и риторика. Хрестоматия. Минск: Тетра-Систем, 1997, с. 531.

Все эти типы аргументов не рассчитаны на формирование рациональной эмоции – они призваны заставить читателя согласиться «не умом, а сердцем». Но на присоединение знающей или профессиональной аудитории в таком случае рассчитывать не приходится. Подобные приемы действуют в гомилетике: проповеди, учебной лекции, агитации и пропаганде – только эти виды речи строятся на повторении определенного набора постулатов и эмоциональном воздействии на аудиторию. Поэтому при всем богатстве изобразительных средств и приемов тексты В. Зорькина – с риторической точки зрения – нельзя считать достигающими цели убеждения.

А вот в чем следует согласиться с В. Зорькиным, так это в том, что сейчас «наиболее важна выработка нужного языка». Но «нужный язык» требуется не для того, чтобы уходить от предмета спора, а для того, чтобы в диалоге найти те самые «общие места», которые станут отправной точкой для живой публичной дискуссии, в которой, вопреки мнению высокого судьи, истина и не рождается, и не гибнет – просто потому, что в дискуссии ищут вовсе не истину, в ней ищут решение проблемы. А человек, сказавший «Пусть погибнет мир, но восторжествует право», не был философом³, и он был неправ: право нужно как раз для того, чтобы не обрушилось небо и наш мир не погиб.

³ Точное авторство фразы до сих пор неизвестно. Чаще всего она приписывается либо Фридриху I – императору Священной Римской Империи, получившему этот титул в результате крестовых походов в Италию, либо австрийскому императору Фердинанду Первому. В связи с данным афоризмом также часто упоминают Сенеку, который в книге 1-ой главы XVIII сочинения «О гневе» описывает поступок Гнея Пизона – консула Рима и легата. Гней Пизон однажды велел казнить солдата, вернувшегося из увольнения без своего сотоварища, решив, что он того убил. Когда в момент казни «убитый» появился, центурион прервал ее и, обратился к Пизону за пересмотром решения. Пизон велел продолжить казнь, потому, что закон требовал исполнять судебные решения. Он приговорил к смертной казни также центуриона, поскольку тот отказался исполнять решение суда. И, наконец, Пизон приговорил к смертной казни «воскресшего из мертвых» солдата, поскольку тот стал причиной смерти двух невиновных граждан. Хотя афоризм «Пусть погибнет мир (второй вариант: пусть рухнет небо), но восторжествует юстиция!» еще не встречается у Сенеки, «правосудие по Пизону» стало его синонимом.