

Возражения
на заключение Эксперта 1
по заявке № 22-28-01190 «Ценностный дискурс в правосудии и методология толкования и
применения права» (руководитель – Е. В. Тимошина)

Согласно заключению Эксперта 1 проект признан не соответствующим выбранной в заявке отрасли науки. В обоснование данной оценки Эксперт 1 указал следующее (орфография и пунктуация заключения Эксперта 1 сохранены):

«При оценки заявки эксперт исходит из того, что действительно, концепция дискурса соответствует целому ряду отличительных особенностей права, чем и объясняется ее успех в науке, однако очень сложный язык заявки, не позволяет в полной мере оценить ее содержание и достоинства. Авторы используют терминологию, мало относящуюся к юриспруденции. По тексту заявки термины и определения, используемые в других науках (в психологии, философии, социологии, лингвистики, семиотики, логике, теории аргументации и др. науках, так как: эксплицитно, аксиологическое обоснование... аргументативная методология и дедуктивная методология... дерогационные правила, и др.), - приобретают мало понятное содержание применительно к заявленной правовой тематике».

Однако «термины и определения», используемые, по мнению Эксперта 1, в других науках, являются либо общенаучными терминами, как, например, термин «эксплицитно», либо специально-юридическими понятиями, как, например, понятие дерогационных правил, или относятся к широко употребительным в классической и современной научной юридической литературе (аксиологическое обоснование, аргументативная методология, дедуктивная методология).

1. Так, термин «дерогация» (от лат. *«derogatio»*) происходит из римского права и обозначает (частичную) отмену ранее действовавшего или более общего закона. В частности, в Дигестах Юстиниана (Dig. 50.17.80) приводятся слова римского юриста Папиниана: *«In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est»* – «Во всем праве в целом общие (нормы) *отменяются* посредством специальных, и то, что опирается на специальные (нормы), является более сильным». Любому юристу известны такие латинские юридические выражения, как *«lex posterior derogat priori»* (последующий закон отменяет предыдущий), *«lex specialis derogat generalis»* (специальный закон отменяет общий) и др., которыми определяется порядок разрешения коллизий между законами. Именно указанные правила и понимались под «дерогационными правилами» в заявке.

Термин «дерогация» широко используется в международном праве в значении отступления государства от принятых на себя международных обязательств (см., напр.: *Никитенко Н. С. Право на дерогацию: условия правомерности применения статьи 15 Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод 1950 г. // Сибирский юридический вестник. 2011. № 2. С. 83–89*).

Выражение «дерогационные нормы» получило распространение в современной теории и философии права после публикации в 1962 г. работы австрийского правоведа Г. Кельзена *«Derogation»* (*Kelsen H. Derogation // Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound. New York: The Bobb Merrill & Co, 1962. P. 339–355*). В данной работе, а также в более поздней монографии «Общая теория норм» Г. Кельзен исследовал дерогацию и дерогационные нормы (нормы, функцией которых является дерогация) в рамках оригинальной классификации нормативных функций (и соответствующих норм). Среди

наиболее значимых авторов, исследовавших данную проблематику, следует отметить О. Вайнбергера (см., напр.: *Weinberger O. Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991), а также К.Э. Альчуррона и Е.В. Булыгина (см., напр.: *Alchourrón C.E., Bulygin E. On the Concept of a Legal Order* // Bulygin E. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 124–135).

Таким образом, относить понятие дерогационных правил к понятиям, «используемым в других науках», как и считать его «малопонятным», нет оснований.

2. Выражение «дедуктивная методология» составлено из двух понятий – понятия дедукции и понятия методологии. Дедукция представляет собой выведение заключения из посылок на основе строения умозаключения, т.е. его логической формы, вследствие чего такой вывод называют формальным, а умозаключения – демонстративными, в противоположность недемонстративным умозаключениям (индукции, аналогии и др.). Методология представляет собой учение о методах. Оба указанных понятия имеют общенаучное значение, при этом, очевидно, что их сочетание означает учение о дедуктивных методах, которые используются в том числе и в юриспруденции.

Обращение к логической терминологии и логике в целом, в том числе к теории дедукции, характерно для теоретического правоведения по меньшей мере с XIX века. Одна из причин – доминирование формальной концепции правоприменения, которая рассматривала судебное решение как логический вывод, так называемый «судебный силлогизм», большей посылкой которого является правовая норма, а малой – юридические факты.

Один из крупнейших дореволюционных цивилистов Г.Ф. Шершеневич, будучи сторонником дедуктивной методологии правоприменения, указывал следующее, «Логическое строение судебного решения представляет собой ничто иное, как *силлогизм*, в котором роль большой посылки играет норма права, малой посылки – конкретное бытовое отношение. “Судья, говорит [Дж. Ст.] Милль... определяет только то, под какое правило закона подходит этот случай... Метод должен иметь здесь всецело и исключительно *дедуктивный* или *силлогистический характер*”. Попытки опровергнуть *силлогистическое строение судебного решения* не могут считаться удачными. Любое судебное решение обнаружит его *логическую природу*» (Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права* // Избр.: в 6 т. Т. 4. М.: Статут, 2016. С. 606).

Важнейшее произведение другого классика российской юриспруденции, Е.В.Васьковского, носит название «Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов». В ней излагается теория методов правоприменения, к числу которых относится и дедукция (Васьковский Е.В. *Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов*. Одесса, 1901. С. 41, 221).

Понятие дедукции и дедуктивного метода используется и зарубежными авторами, исследующими проблему обоснования судебного решения, в особенности авторами, ориентированными на максимизацию применения в праве логических методов. Так, аргентинский правовед Е.В.Булыгин, комментируя формальную теорию судебного решения, указывает, что в рамках данной теории «судебное решение суть следствие из *логической (дедуктивной) аргументации* судьи, которая имеет форму *силлогизма*» (Булыгин Е.В. *Понятие действительности* // Булыгин Е.В. *Избранные работы по теории и философии права*. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 283). Он же, критикуя чистое учение о праве Г. Кельзена, отмечает, что одно из правил, определяющих принадлежность нормы к правовой системе «устанавливает, что [рассматриваемая правовая система] является закрытой системой применительно к понятию логического следствия, которое является

общим требованием к *дедуктивным системам*» (Булыгин Е.В. Антиномия в чистом учении о праве // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб.: Алеф-Пресс, 2016. С. 240).

Наиболее известный и цитируемый британский правовед XX века, Г.Л.А. Харт, рассуждая об обосновании судебного решения, пишет: «Если полутень неясности с необходимостью окутывает все правовые нормы, то их применение в конкретных случаях, связанных с областью полутени, не может быть делом *логической дедукции*, и, таким образом, *дедуктивное мышление*, которое на протяжении поколений представлялось высшей ступенью развития человеческого мышления в целом, не может служить моделью, согласно которой должен действовать судья или любой другой правоприменитель, подводя конкретные дела под действие общей нормы. Обращаясь к одной лишь *дедукции*, человек не выживет в этой области» (Харт Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Харт Г.Л.А. Философия и язык права. М.: Канон+, 2017. С. 186–187).

По мнению шотландского правоведа Н. МакКормика, «юридическая аргументация, способная обосновать правовые требования или юридические решения, иногда полностью, но всегда в какой-то степени является *дедуктивной* по своей сути» (MacCormick N. Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems // International Journal for the Semiotics of Law. 1992. V. 5. P. 182). Польский правовед Е. Врублевский отмечает, что «в движениях за свободное право ударение ставится на факте, что оценки, противопоставляющиеся "*юридической дедукции*", должны быть основаны на некотором "*социологическом методе*" принятия решений» (Wróblewski J. The Judicial Application of Law. Dordrecht: Springer, 1992. P. 290).

Таким образом, едва ли возможно утверждать, что понятие дедуктивной методологии правоприменения является «мало относящимся к юриспруденции». Подчеркну, что и с дедуктивной моделью правоприменения, и с понятием дерогации будущие юристы знакомятся на 1 курсе бакалавриата в рамках учебной дисциплины «Теория права и государства».

3. Тот же вывод можно сделать и применительно к понятию «аргументативная методология». Достаточно сказать о том, что в современных юридических журналах, например, в «Сравнительном конституционном обозрении», есть постоянные рубрики «Юридическая аргументация» и «Техника конституционной аргументации», а книга виднейшего современного германского конституционалиста и философа права Р. Алекси носит название «A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification» (Oxford: Oxford University Press, 2011), в которой аргументативная методология разрешения судебных споров о правах человека получила свое обоснование.

4. Аксиологическое (ценностное) обоснование судебного решения представляет собой использование судом ценностной аргументации (ссылки на ценности) для обоснования конечных выводов. Во второй половине XX века такая аргументация получила широкое распространение в конституционной и конвенционной юстиции. Аксиологическая аргументация нашла свое отражение и в российской правовой доктрине, более того, она активно используется Конституционным Судом РФ.

Как отмечает судья Конституционного Суда РФ Н.С. Бондарь, «к оценке проверяемых на соответствие Конституции правовых норм всегда необходимо подходить конкретно, в том числе, когда приходится оценивать их с позиций абстрактных конституционных принципов и ценностей. Для этого необходима разработка практической конституционно-судебной аксиологии» (Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М.: Норма, 2011. С. 165). При этом, отмечает ученый, «Конституционный Суд РФ признает существование... неформальных источников права и, в частности, активно

оперирует при осуществлении конституционного контроля... конституционными ценностями, вытекающими в том числе из духа Конституции» (Там же. С. 172–173). Данная проблематика развивается и в его монографии «Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практики конституционного правосудия» (М.: ИГ Юрист, 2014).

В самих решениях Конституционного Суда РФ аксиологическое обоснование излагается вполне явным образом. Например:

«В настоящем деле имела место коллизия двух конституционных ценностей: с одной стороны, это ценность принципов верховенства права... с другой – ценность верховенства... Конституции. ...Суд столкнулся с коллизией относительно равнозначных ценностей – во всяком случае, ни одна из них очевидно не превалирует над другой. Коллизия конституционных ценностей, как самая сложная проблема аксиологии конституционного права, может быть разрешена с использованием той юридической методологии, которую предложил Европейский Суд по правам человека... Она состоит в том, что необходимо искать справедливый баланс между равнозначными конституционными ценностями. Баланс можно считать справедливым, когда ни одной из этих ценностей не отдается безусловный приоритет, а действие одного принципа (ценности, права) создает имманентные пределы для другого принципа (права или конституционной ценности)» (постановление Конституционного Суда РФ от 02.12.2013 № 26-П).

Таким образом, понятие «аксиологическое обоснование» также едва ли возможно полагать «не относящимся к юриспруденции».

5. Наконец, что касается понятия «дискурс», то в задачу коллектива проекта входила не оценка его соответствия / несоответствия «целому ряду отличительных особенностей права» (что, на наш взгляд, было бы методологически не вполне корректно поставленной научной задачей), а исследование ситуаций апелляции судей к ценностям – как в аспекте философско-правового и методологического обоснования возможности и необходимости такого обращения, так и в аспекте его институционально-политических последствий для правопорядка.

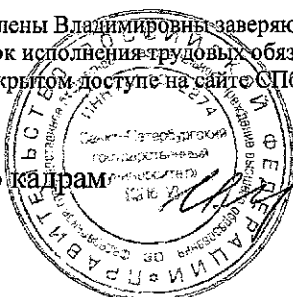
Общий вывод: демонстрируемые Экспертом 1 незнание общенаучной и специально-юридической терминологии, неосведомленность о состоянии актуальной научной литературы по тематике представленного на конкурс проекта вызывают сомнения в обоснованности и других данных Экспертом 1 оценок – уровня научной значимости и актуальности тематики проекта, степени его научной новизны, соответствия предполагаемых результатов мировому уровню и др. Полагаю, что «малопонятность» для Эксперта 1 используемых в заявке общенаучных и специально-юридических терминов и понятий не должна являться критерием ее оценки.

С уважением,
руководитель заявки № 22-28-01190
доктор юридических наук,
профессор СПбГУ

Е. В. Тимошина

Личную подпись Тимошиной Елены Владимировны заверяю.
Документ подготовлен вне рамок исполнения трудовых обязанностей.
Текст документа размещен в открытом доступе на сайте СПбГУ по адресу
<http://spbu.ru/science/expert.html>

Ведущий специалист по кадрам



И.В. Гладкая

16.12.2021