

**М. В. Антонов**

*Санкт-Петербургский филиал НИУ «Высшая школа экономики»*

**НЕОРЕАЛИСТИЧЕСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ М. ТРОПЕРА  
И СПОР О ПРАВОВЫХ СУЖДЕНИЯХ  
ВО ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ\***

**Аннотация.** В настоящей статье рассматривается неореалистическая теория толкования французского правоведа Мишеля Тропера, ее основные положения и проблемные моменты, а также дается оценка дебатам вокруг этой теории. По мнению автора, анализ неореалистической теории позволяет обнаружить множество интересных аспектов, важных для философского осмысления проблематики правовых суждений.

**Ключевые слова:** правовой реализм, неореализм в толковании права, правовые суждения, толкование права, свобода судейского усмотрения, правовые нормы, мнения о праве.

Вопрос о значении правовых суждений, их природе и функции в отечественной правовой доктрине был поставлен несколько лет назад Ю. Е. Пермяковым<sup>1</sup>. Эта проблематика, в конечном счете, упирается в проблему соотношения закрепленных в нормативных текстах значений (прав и обязанностей), самих нормативных текстов права (законов, указов и пр.) и актов их интерпретации, и сводится к вопросу, поиск ответа на который беспрестанно ведется в западной правовой науке на протяжении уже почти столетия. Как соотносятся между собой правовые нормы и правовые высказывания, т. е. исходные модальные требования и их интерпретации со стороны правовых акторов — данный вопрос был поставлен еще Гансом Кельзенем и обсуждался ведущими представителями нормативной (аналитической) философии XX века: А. Россом, Дж. Разом, Е. В. Булыгиным и многими другими<sup>2</sup>. В настоящей работе мы обратимся к истории

---

\* Настоящая статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ (грант № 15-03-00345) и Научного Фонда НИУ ВШЭ (грант № 15-09-0268).

<sup>1</sup> См.: Пермяков Ю. Е. 1) Правовые суждения. Самара, 2005; 2) Философские основания юриспруденции. Самара, 2006. С. 106 и далее.

<sup>2</sup> Хорошее описание развития этой полемики в философии права XX в. приведено в работе: Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С. 147–153.

обсуждения этого вопроса во французской правовой доктрине, где несколько десятилетий назад Мишель Тропер попытался актуализировать эту проблематику в свете учения Ганса Кельзена, давая этому учению своеобразное реалистическое прочтение<sup>3</sup>. Концепция Тропера является на сегодня, пожалуй, наиболее значимым вкладом французской науки в развитие философии права во второй половине XX века, хотя тезисы этого французского правоведа являются более чем дискуссионными и принимаются не всеми представителями французского теоретического правоведения (хотя среди современных французских философов и теоретиков есть и немало сторонников реалистической теории Тропера: Пьер Брюне, Эрик Мийяр и др.).

С точки зрения обозначенной выше диалектики текстов, заключенных в них значений и актов интерпретации таких текстов, в своем логическом завершении учение Тропера означает безусловный приоритет этих последних (т. е. актов интерпретации), поскольку для проверки их истинности или ложности нет никакого верифицируемого критерия. Текст, утверждает Тропер вслед за М. Фуко, получает свое значение только в момент интерпретации и до момента таковой не несет в себе никакого нормативного содержания (не устанавливает прав и обязанностей), поскольку норма (здесь Тропер соглашается с Кельзеном) есть не что иное как значение акта воли. В этом отношении концепция Мишеля Тропера является синтезом нормативистского учения Ганса Кельзена и реалистических традиций американской и скандинавской юриспруденции. Все учение Тропера, по его собственным словам, сводится к трем тезисам, выдвинутым им же в статье «Реалистическая теория толкования»: во-первых, толкование — это не акт познания, а акт волеизъявления, во-вторых, объектом толкования являются не нормы, но формулировки или факты, в-третьих, субъекты толкования наделены специфической властью<sup>4</sup>.

Первый тезис Тропера восходит корнями к обоснованным еще Гансом Кельзеном видам толкования права, а именно к аутентично-

---

<sup>3</sup> См. об интерпретации Кельзена Тропером: *Тропер М.* Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196–204.

<sup>4</sup> См.: *Тропер М.* Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 8. — Хотя в ходе описываемой ниже полемики с Отго Пферсманном в начале 2000-х гг. Тропер отчасти пересмотрел тезисы своего учения и изменил их формулировки.

му и научному (доктринальному) толкованию. Под аутентичным толкованием Кельзен понимал акт разъяснения нормы права, порождающий последствия в правовой системе. Истолкованная таким образом норма, во-первых, обладала юридической обязательностью и, во-вторых, должна была пониматься только в том смысле, который вложил в нее субъект толкования, даже если результатом толкования будет являться значение правовой нормы, противоречащее действующему правопорядку (точнее, кажущееся кому-то противоречащим правопорядку). Таким образом, аутентичное толкование является актом волеизъявления судьи<sup>5</sup>. Научное же толкование по Кельзену заключается в поисках значения, вложенного в текст правовой нормы законодателем, то есть является актом познания. Но такового значения не существует, поскольку «воля законодателя» является лишь фикцией, приемом юридического мышления, с помощью которого юристы описывают механизм действия права. Как известно, пирамида значений замыкается, согласно кельзеновской теории, в основную норму, которая лишь предпосылается (постулируется), но в реальности не существует, представляя собой гипотезу (фикцию — в позднем учении Кельзена)<sup>6</sup>.

Мишель Тропер, основываясь на рассуждениях Кельзена, со своей стороны, отвергает научное толкование как не имеющее никакой юридической силы, отдавая предпочтение акту волеизъявления. Юридическая сила означает наличие у других субъектов права обязанности подчиняться выбору интерпретатора и согласовывать свои поведенческие акты с тем значением, которое интерпретатор «извлек», а точнее — приписал правовому тексту. Если акты доктринального толкования такого эффекта в правопорядке не вызывают (согласно некоторым правопорядкам, доктринальные толкования могут иметь обязывающее значение), то такие акты не влекут ничего, кроме сотрясения воздуха, поскольку не обладают никакой эвристичес-

---

<sup>5</sup> Здесь и далее, следуя терминологии самого Тропера, мы будем говорить о «судье», принимая во внимание, что делаемые этим французским мыслителем выводы распространяются не только на «судью» в собственном смысле слова, но также и на других акторов правопорядка (приставов, полицейских и пр.), а «судебное толкование» для него означает также и толкование, осуществляемое чиновниками административных и правоохранительных органов.

<sup>6</sup> См.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 430–511.

кой ценностью: ведь правовые тексты обретают правовое значение только при аутентичном толковании. Тропер говорит о том, что идея единственного истинного смысла лишена какой-либо значимости, ибо не понятно, где искать этот истинный смысл, то ли анализируя волю конкретного законодателя, то ли прибегая к формально-лингвистическому анализу текста нормы, установлению словарного значения слов и смысловой нагрузки грамматической структуры текста<sup>7</sup>. В любом случае, акт нахождения этого «истинного» смысла не будет иметь никаких критериев верификации, кроме как собственно акта аутентичного толкования. В этом смысле акты доктринального толкования в нормальной ситуации представляют собой лишь описания актов аутентичного толкования и следовательно являются избыточными.

Кроме того, Тропер убежден, что, если и существует истинный смысл нормы, то оценить акт судейского толкования с позиции истинности или ложности можно только при условии, что искомое единственно верное значение будет известно заранее. Во время акта толкования, согласно Троперу, на принятие определенного решения судьей влияют два фактора (он их называет аргументативными или юридическими сдержками): вера в ограниченность его решения правом и расчет на позицию по этому же вопросу вышестоящей инстанции, однако судьи конституционного суда (Конституционный Совет или Государственный Совет во Франции) связаны лишь первым фактором, так как для конституционного суда не существует апелляционной инстанции. Здесь реальной сдержкой для судейского произвола будет лишь опасения реакции со стороны других политических акторов (президента, парламента и т. п.).

Следующий тезис Мишеля Тропера: исходя из того, что значение правовой нормы устанавливается в результате акта толкования, следовательно, сама норма не может являться объектом толкования, но таковыми являются текст нормы или факт<sup>8</sup>. Тропер убежден в ошибочности тезиса о том, что задачей судьи является выбор правильного значения из множества значений, заключенных в норме. При условии сугубо субъективного прочтения текста нормы каждым судьей, выбранная норма будет считаться правильной в том случае, если орган, толкующий право, наделен властными полномочиями по

---

<sup>7</sup> См.: *Тропер М.* Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 186.

<sup>8</sup> См.: *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 11.

отношению к тем лицам, которые обязаны руководствоваться результатами его толкования<sup>9</sup>. Для того, чтобы осуществить этот выбор, необходимо подвергнуть толкованию текстуальный (в широком смысле термина «текст») носитель значения нормы, то есть ее формальное воплощение в виде документа или факта. Такая ситуация возможна на практике — судья может верить в то, что его выбор среди значений некоей нормы ограничен наличием некоего «единственно верного ответа», который следует обнаружить в истолковываемом тексте. Но такая ситуация не является необходимой: судья с таким же успехом может делать совершенно произвольный выбор, не ища «правильное значение», а выбирая такое, которое ему покажется разумным, справедливым, политически целесообразным и т. п. Таким образом, вера судьи в то, что он должен найти «правильное значение», является иллюзией, с помощью которой правопорядок ограничивает (и во многих случаях эффективно) свободу судебного усмотрения, внушая судье выбрать то значение, которое в данном правопорядке будет, скорее всего (поскольку ничто здесь не гарантирует результата), воспринято как «правильное». Это другой аспект действия «аргументативных сдержек».

Говоря о толковании текста, Тропер разделяет две разновидности этого процесса: толкование содержания и толкование статуса. Под толкованием содержания в данном случае понимается уяснение и разъяснение его предписаний, то есть смыслового значения правовой нормы. Под толкованием статуса текста в неореалистической концепции понимается определение степени действительности, то есть юридическая обязательность и сила некоего текста в зависимости от места в иерархии правовых актов. Также как и значение правового текста, его место в иерархии является результатом акта волеизъявления интерпретатора текста. Тропер приводит многочисленные случаи из конституционно-правовой истории, когда неким актам устанавливается место в иерархии, которым они не обладали до момента интерпретации (актам конституционного толкования в США согласно решению Верховного Суда США по делу Мэрбери против Мэдисона, ряду законодательных актов в Израиле, которым Верховного Суда Израиля приписал значение конституционных актов по делу Мизрахи и пр.).

---

<sup>9</sup> См.: Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 1. С. 331.

Аргументирую свою точку зрения, Мишель Тропер говорит о том, что на практике установление статуса правового текста всегда предшествует толкованию содержания и является неотъемлемой частью акта толкования, ибо перед тем, как выявить значение закона, судья обязан убедиться в принадлежности правового акта к действующей правовой системе государства. По мнению Тропера, норма становится действительной (обретает значение обязывающего акта) только после факта ее толкования уполномоченным на то органом. Также французский правовед убежден в том, что значением можно наделить не только определенный юридический текст, но и факт. Тропер приводит в качестве примера такого факта обычай, который вводится в правовую систему с помощью нормы, предписывающей юридическую обязательность данного фактического поведенческого акта или серии таких актов. Далее, в процессе толкования меньшей предпосылки силлогизма (выявления смысла нормы для конкретной ситуации) обычай становится юридической нормой.

Третий тезис неореалистической концепции толкования права гласит, что субъекты толкования обладают особой специфической властью. Суть этой власти заключается в том, что судья волен наделять формулировку или факт любым смыслом, поэтому такое толкование не может быть правильным или неправильным, для оценки такого толкования больше подходят критерии действительности и недействительности. Как уже было сказано ранее, действительной считается норма, истолкованная органом, обладающим властными полномочиями по отношению к тем органам, которые обязаны придерживаться этого толкования. Субъектом подлинного толкования по Троперу является любой орган, уполномоченный на такое толкование, которое порождает юридические последствия, не может быть оспорено в судебном порядке<sup>10</sup>. Кроме того, к особенностям власти субъектов толкования Тропер относит возможность законодательных полномочий у судов, осуществляющих контроль за применением законов (Конституционный Совет, Кассационный Суд и пр.). Однако он не признает абсолютные законодательные полномочия за высшими судебными инстанциями в виду того, что решения таких судов могут быть отменены новым законом, либо же «непослушный» судебный состав может быть распущен. Но в случае, когда Конституционный Суд уполномочен контролировать

---

<sup>10</sup> См.: *Тропер М.* Реалистическая теория толкования. С. 16.

принятие поправок, он становится фактическим учредителем Конституции<sup>11</sup>.

Еще одним проявлением специфических властных полномочий у субъектов толкования права является наличие у них определенной свободы толкования. Как было показано выше, данная свобода ограничивается не только исключительно юридическими факторами, такими как существование властной иерархии, обязывающей низшую инстанцию учитывать результаты толкования, полученные в ходе акта толкования высшей инстанцией, но и идеологическими, карьерными, психологическими, политическими и социологическими. Например, возможны ситуации, когда решение судьи по какому-либо вопросу отчасти может быть детерминировано желанием судьи упрочить свой авторитет бескомпромиссного борца с коррупцией или злостного противника насилия по отношению к пожилым людям, в таком случае, на принятие решения оказывает влияние психологический фактор. Также судья может стараться подвести свое решение под господствующую в государстве идеологию, тогда на судью будет оказывать влияние идеологический фактор. В этом смысле, не существует какой-либо единой системы «аргументативных сдержек» — таких систем будет в правопорядке столько, сколько в нем есть судей: ведь каждый из них имеет свой мировоззренческий горизонт и ценностные предпочтения, и на каждого из судей поэтому разные мотивирующие факторы могут действовать по-разному.

Эта теоретическая позиция, при всей своей искусной проработке, все же натывается на одно непреодолимое препятствие — стиль и структуру юридического мышления, которые преобладают в романо-германской правовой традиции. Если, переинтерпретируя тот или иной правопорядок континентальной правовой семьи, на место традиционной «воли законодателя» поставить «волю судьи», это будет означать полное переименование не только самих правовых (конституционных, законодательных и пр.) текстов, но и той юридической среды (мышления, ценностей, поведенческих стереотипов и пр.), которая сложилась за долгое время. Возражая неореалистической теории толкования, другой ведущий французский конституционалист и теоретик права, Отто Пферсманн, указывает на то, что если теория Тропера и пригодна для объяснения некоторых явлений в

---

<sup>11</sup> См.: *Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 171–181.

других правовых культурах (особенно в общем праве), она все же оказывается бесполезной для большинства явлений, встречающихся в правопорядках романо-германского типа.

Свою критику в статье «Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании» Пферсманн начинает с роли, отведенной Мишелем Тропером, базовому для толкования права понятию общей нормы. Согласно учению последнего, общие нормы не имеют никакой фактической функции, на что Пферсманн, утрируя ситуацию, предлагает устранить все общие нормы и учредить специальные юрисдикционные органы, компетентные свободно принимать решения по конституционно-правовым вопросам вместо того, чтобы тщетно пытаться создать действенные правовые рамки для деятельности конституционных судей<sup>12</sup>. Доводя позицию своего оппонента до абсурда, он утверждает, что в своем логическом итоге неореализм Тропера означает полную деконструкцию той правовой среды, в которой мы существуем. Что, в конечном итоге, должно привести к правовому нигилизму, поскольку деятельность парламентов по принятию законов будет трактоваться как бесполезное занятие, а судебское правотворчество будет ограничено лишь властеотношениями, от которых зависят судьбы. Тогда, вопреки многовековым усилиям по разделению права и силы (власти), Тропер будет вынужден смешать эти понятия и стоящие за ними реалии.

Пферсманн убежден, что неореалистическая теория толкования умоляет значение иерархии правовых текстов в правопорядке, заявляя о существовании не одной иерархии норм, созданных в результате акта толкования, а множества иерархий в представлениях различных судей. В конечном счете, в правопорядке будет столько норм, сколько судебных актов аутентичного толкования, и столько иерархий правовых текстов, сколько у судей представлений о том, как организован правопорядок. При этом совершенно ясно, что практически неизбежно эти судебские акты толкования и представления будут противоречить друг другу. Сможем ли мы тогда говорить о правопорядке вообще?

Если принять во внимание тот факт, что любое толкование, по Троперу, считается органическим кроме деятельности конституционных судей, то фактически можно говорить лишь о властной иерар-

---

<sup>12</sup> См.: Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 220.



хии органов толкования права. Но в таком случае правовая система государства будет противоречить основополагающим конституционным принципам — принципу правового государства и принципу демократии. Действительно, субъект толкования волен наделять текст любым значением и создавать норму, закрепляющую его компетенцию на осуществление такого акта толкования<sup>13</sup> а народ — ни в лице голосующих на референдумах и выборах людей, ни в лице их представителей (депутатов), — не будут в таком случае иметь никакой законодательной власти.

Мишель Тропер в статье «Ответ Отто Пферсманну» убеждает сорбонского профессора в том, что неореалистическая теория толкования ни в коем случае не ставит характер акта толкования в зависимость от статуса и полномочий органа, осуществляющего толкование. Как раз-таки наоборот, согласно неореалистической концепции, именно такое свойство акта толкования как наличие юридических последствий для правовой системы государства и определяет аутентичность результата толкования<sup>14</sup>. Таким образом, именно иерархия правовых норм, а не властная иерархия субъектов толкования определяет статус и полномочия органов, осуществляющих толкование правовых текстов. Однако в статье «Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу» Отто Пферсманн размышляет о проблематичности установления факта аутентичного толкования, говоря о том, что теория Тропера не устанавливает принципы, по которым можно определить нормативную ценность высказывания. Аргумент сторонников правового неореализма о том, что нормативно то высказывание, которое порождает какие-либо последствия в правовом порядке не может считаться убедительным, так как и этот феномен в доктрине Тропера не получил определения, а по мнению Пферсмана, он и вовсе не отличается от «фактического расклада сил»<sup>15</sup>.

Далее Пферсманн подвергает критике конструкцию теории Мишеля Тропера. Он говорит о том, что общий эмпиризм (действи-

---

<sup>13</sup> См.: там же. С. 235.

<sup>14</sup> См.: Тропер М. Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 280.

<sup>15</sup> Пферсманн О. Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 303.

тельность, доступная наблюдению) и семантический эмпиризм (значения, являющиеся лингвистическими величинами) являются основой воззрений Мишеля Тропера, но вводятся в его теорию бездоказательно. С одной стороны, Тропер не поясняет, каким образом следует устанавливать эмпирические данные, на какую теорию значения опираться в установлении факта эмпирического существования значения нормы<sup>16</sup>. Кроме того, из концепции Тропера не понятно, как соотносятся внелингвистическое понятие нормы (ментальный акт) и лингвистическое (выражение разрешения, запрещения и обязывания)<sup>17</sup>. Несмотря на вышеупомянутые противоречия в эмпирической составляющей концепции Тропера, неореалистическая теория толкования права, по мнению Пферсмманна, отрицает значимость доктринального толкования как способа выявления значения правового текста и выдвигает тезис о том, что доктринального толкования не существует.

Тропер пытается защитить свою позицию, утверждая, что он не отрицает факт существования доктринального или аналитического толкования, так как ученые-правоведы не могут не заниматься толкованием аутентических актов — в его теории необходимо понимать термин «толкование права» как такое толкование, которое «производит некие правовые последствия, т. е. нормы»<sup>18</sup>, а значит в этом смысле под толкованием понимается только аутентичное толкование. Однако Пферсмманн опять находит слабое место в структуре цепочки аргументации позиции Тропера по данному вопросу и в своем «Ответе» говорит о том, что невозможно знать, какие факты необходимо наблюдать для того, чтобы установить решение по производимому эффекту каких-либо высказываний, если неизвестно, какую норму следует раскрыть через фактичность ее обязательности?<sup>19</sup>

Следующий блок критики Отто Пферсмманна называется «Новое прочтение чистого учения о праве». В этом блоке французский правовед уличает Мишеля Тропера в неправильном, искаженном, как кажется Пферсмманну, понимании некоторых идей Кельзена и их трансляции на неореалистическую теорию толкования права.

---

<sup>16</sup> См.: *Пферсмманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 231.

<sup>17</sup> См.: там же. С. 231.

<sup>18</sup> *Тропер М.* Ответ Отто Пферсмманну. С. 282.

<sup>19</sup> См.: *Пферсмманн О.* Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу. С. 308.

В частности, Пферсманн считает ложным тезис Тропера о том, что Кельзен понимал под толкованием права только лишь акт волеизъявления субъекта толкования, а не акт познания смысла, вложенного законодателем в текст нормы<sup>20</sup>. Пферсманн убежден, что, согласно чистому учению о праве, акт толкования направлен на установление конкретного смысла текста нормы по отношению к отдельному правовому казусу, и, таким образом, влияние воли судьи в данном случае минимизируется и может вообще не являться необходимым условием толкования права. Также Пферсманн говорит о том, что воля толкователя играет значимую роль в ситуации, когда субъект толкования разъясняет нижестоящую норму путем выбора между несколькими гипотетически возможными решениями, причем невозможно выбрать единственный верный вариант толкования, так как сложившаяся ситуация доказывает равнозначность всех возможных исходов. Таким образом, акт познания в учении Кельзена, по мнению Пферсманна, имеет место и в доктринальном толковании, и, как ни странно, в аутентичном толковании, ибо «аутентичное» толкование есть «акт воли, основанный на данных познания»<sup>21</sup>. Эффектным выпадом в критике Пферсманна также является аргумент в пользу объективности нормы права, отрицаемой неореалистической теорией толкования: если субъекты толкования единообразно придерживаются иерархии актов аутентического толкования, то из этого следует, что в действующем правопорядке существует по крайней мере одна объективная норма, согласно которой необходимо следовать актам аутентического толкования<sup>22</sup>.

Заключительным блоком критики Пферсманна является его аргументация против неореалистической концепции как беспредметной теории. Прежде всего, он заявляет о том, что теория Тропера не в состоянии установить нормы как акты аутентического толкования. Свой тезис он аргументирует следующими положениями: невозможно установить нормы по их авторам, невозможно установить эти нормы по критериям нормативной и фактической эффективности, неореалистическая теория приводит к двойному регрессу<sup>23</sup>. Во-первых,

---

<sup>20</sup> См.: *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 239.

<sup>21</sup> Там же. С. 240.

<sup>22</sup> См.: *Антонов М. В.* Современная теория права во Франции... С. 335.

<sup>23</sup> См.: *Пферсманн О.* Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 266.

Пферсманн делает справедливое замечание о том, что, закрепляя исключительные для правовой системы последствия за актом аутентичного толкования, осуществляемым уполномоченным на то органом, Троперу следует дать определение понятию «орган», а не ссылаться на интуитивные данные. Во-вторых, Пферсманн определяет правоприменительные органы в концепции Тропера как аутопойетические, то есть самопроизводные в том смысле, что они не только определяют норму, но и устанавливают собственную компетенцию<sup>24</sup>.

Возражение Тропера о том, что самим существованием нормы обуславливается то, что она создает определенные последствия, поэтому критерий нормативности не может считаться определяющим свойством правоприменительного органа<sup>25</sup> представляется неубедительным. Различные акты принуждения могут иметь как правовой, так и неправовой характер и иначе, кроме как через отсылку к норме, этот правовой характер не определить. Обязательность в смысле фактической принудительности не может служить искомым критерием, поскольку в противном случае мы приходим к смешению права и силы. Следствием из этой проблемы, согласно Пферсманну, является «гиперинфляция органов и норм, поскольку каждый орган и каждая норма будут образовывать самостоятельный самореферентный универсум»<sup>26</sup>. Аргумент Тропера о том, что акт аутентичного толкования создает именно нормы права, так как важнейшим последствием толкования правового текста или факта является обязанность применить полученную в ходе толкования норму именно в таком значении, какое было получено в результате толкования<sup>27</sup>, также не спасает. Тогда Троперу пришлось бы признать, что последующие судьи, применяющие акт аутентичного толкования, связаны выявленным первым судьей «аутентичным значением», и тем самым толкование со стороны последующих судей и других правоприменителей будет актом познания, а не актом волеизъявления, что подрывает всю внутреннюю логику неореалистической теории.

Размышляя о принципе фактической эффективности, Пферсманн уличает Тропера в излишнем редукционизме и нелогичности, так как в правовом реализме нормативный характер высказывания

---

<sup>24</sup> См.: там же. С. 267.

<sup>25</sup> См.: Тропер М. Ответ Отто Пферсманну. С. 286.

<sup>26</sup> Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 268.

<sup>27</sup> См.: Тропер М. Ответ Отто Пферсманну. С. 287.

прямым образом зависит от фактичности нормы<sup>28</sup>, что противоречит закону Юма (о невыводимости суждений о должном из суждений о сущем). Иронизируя над своим оппонентом, Пферсмани предлагает Троперу таким образом скорректировать его концепцию, чтобы в качестве правовых норм рассматривались только те нормы, которые были непосредственно применены, тем самым правовой неореализм сформировал бы область своего исследования, отвечающую требованиям эмпирической науки<sup>29</sup>. Возражения Тропера опять же не обнаруживают убедительности: если для правового неореализма критерий фактической эффективности не имеет никакого значения, так как для этой теории важен не факт реализации нормы, а существование этой нормы<sup>30</sup>. Кроме того, Тропер поясняет, что под определением нормы неправильно понимать предписывание этой нормы, так как это предписание не относится к сфере действия правовой системы<sup>31</sup>. В качестве подтверждения своей позиции он приводит следующий пример: если закон X соответствует конституции, то это еще не значит, что на основе этого факта можно построить цепочку рассуждений, которая приведет нас к логическому выводу о том, что «должно соответствовать закону»<sup>32</sup>.

Но тогда, как утверждает Пферсмани, неореалистическая концепция толкования права окажется в бесконечном регрессе. Согласно теории Тропера, текст правовой нормы всегда является неопределенным, а норма, полученная в результате толкования, наоборот, всегда имеет конкретное значение. Но для того, чтобы разъяснить, зафиксировать некое значение, необходимо придать ему форму лингвистического акта, так или иначе полученное в результате толкования значение текста превратится в новый текст столь же неопределенный, как и его «предшественник»<sup>33</sup>. Исходя из этих рассуждений, заканчивает Пферсмани, неореалистическая теория права не противоречила бы сама себе, являлась бы истинной только в том случае,

---

<sup>28</sup> См.: Пферсмани О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 268.

<sup>29</sup> См.: Там же. С. 269.

<sup>30</sup> См.: Тропер М. Ответ Отто Пферсманну С. 289.

<sup>31</sup> См.: Там же. С. 289.

<sup>32</sup> Там же. С. 289.

<sup>33</sup> См.: Пферсмани О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании. С. 270.

если была бы немой<sup>34</sup>. На этот аргумент Отто Пферсманна Тропер отвечает следующим образом: он проводит параллель между критическими замечаниями Пферсманна о двойной регрессии правового неореализма и схожей по содержанию критике, согласно которой реальным законодателем в теории Тропера выступает, якобы, не законодатель, а низшее звено в системе толкования права, так как он является конечной инстанцией в этой системе, а значит может быть уверен в том, что его воля не будет искажена последующими субъектами толкования<sup>35</sup>. Однако Тропер делает замечание о том, что наличие иерархии субъектов толкования права как раз и обеспечивает контроль, цензуру деятельности нижестоящих инстанций<sup>36</sup>; следовательно, возможна ситуация существования двух действующих норм с разными адресатами, если два органа дают толкование одному высказыванию, но один из них находится в прямом подчинении другого. Однако, наличие иерархии как объективного факта, а не субъективной проекции неизбежно требует признания за неким текстом, устанавливающим такую иерархию, объективного характера, то есть его непроектируемости от прошлых или будущих актов толкования. Иначе мы опять-таки будем вынуждены интерпретировать иерархию субъектов толкования как иерархию влияния фактических политических сил и тем самым смешать правовой порядок и порядок фактического принуждения.

Это краткое описание важнейших смысловых блоков неореалистической теории толкования Мишеля Тропера и полемики вокруг этой теории между ее автором и Отто Пферсманном не претендует на полный охват всего того круга вопросов, которые возникают применительно к статусу и значению правовых высказываний в контексте неореализма. Мы лишь попытались раскрыть один из многочисленных аспектов, которые обнаруживаются при философском осмыслении проблематики правовых высказываний. Такое предприятие подспудно предполагает артикуляцию базовых философских вопросов онтологии и гносеологии права, чему в западной правовой док-

---

<sup>34</sup> См.: там же. С. 272.

<sup>35</sup> См.: *Тропер М.* Ответ Отто Пферсманну. С. 289.

<sup>36</sup> См.: там же. С. 290.

\* This article is prepared with financial support of Russian State National Fund (grant № 15-03-00345) and Scientific Fund of National Research University "Higher School of Economics" (grant № 15-09-0268).

трине XX века было посвящено немало теорий и дебатов, одним из примеров которым дает освещенная выше концепция Тропера.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 321–345.
2. Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С. 147–153.
3. Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011. С. 430–511.
4. Пермяков Ю. Е. Правовые суждения. Самара, 2005.
5. Пермяков Ю. Е. Философские основания юриспруденции. Самара, 2006.
6. Пферсмани О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 218–272.
7. Пферсмани О. Теория без объекта, доктрина без теории. В качестве ответа Мишелю Троперу / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 292–320.
8. Тропер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196–204.
9. Тропер М. Ответ Отто Пферсманну / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 273–291.
10. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 171–181.
11. Тропер М. Реалистическая теория толкования / пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 7–19.
12. Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи / пер. с фр. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 184–195.

**M. V. Antonov**

*Saint-Petersburg branch of «Higher School of Economics»*

#### **M. TROPER'S NEOREALIST CONCEPTION AND DEBATES ON LEGAL PROPOSITIONS IN FRENCH LEGAL DOCTRINE**

**Abstract.** This paper deals with the neorealist theory of interpretation elaborated by a French legal scholar, Michel Troper. The basic theses and problems

of this theory as well as the debates about it are elucidated. In author's opinion an analysis of the neorealist theory allows unveiling many interesting aspects that are important for philosophical assessment of the problem of legal propositions.

**Key words:** legal realism, neorealism in legal interpretation, legal propositions, interpretation of law, freedom of judicial discretion, legal norms, opinions about law.

*Е. В. Тимошина, А. А. Краевский*

*Санкт-Петербургский государственный университет*

### **ТОЛКОВАНИЕ VS. «ВЗВЕШИВАНИЕ» В СИТУАЦИИ КОНКУРЕНЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: НЕ-РЕАЛИСТИЧЕСКИЙ ПОДХОД**

**Аннотация.** В статье предлагается критический анализ методологии «взвешивания» прав человека. Авторы исследуют как теоретические затруднения, с которыми сталкивается данная концепция, так и практические последствия ее применения. Обосновывается возможность юридико-догматического подхода к разрешению конкуренции прав человека.

**Ключевые слова:** толкование права, применение права, «взвешивание», права человека, принципы права, Р. Алекси, Ю. Хабермас, М. Тропер.

Респектабельный и политизированный дискурс «взвешивания» прав человека как способ поиска судом решения в ситуации, когда имеет место их конкуренция, в настоящее время определяет *политику* судебного толкования. В подтверждение политизированности процедуры «взвешивания», несмотря на обманчивое впечатление о ее рациональности, индуцируемое видом приводимых Р. Алекси — одним из авторов концепта «взвешивания» — математических «формул веса», сошлемся на позицию судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева: «...Когда судьи заменяют баланс, найденный законодателем, собственными представлениями о том, чему отдать предпочтение — публичному интересу или частному... они занимаются конституционной *политикой*, а не конституционно-правовым *толкованием* проверяемых на конституционность законов (курсив наш. — Авт.)»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Гаджиев Г. А. Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М., 2013. С. 246–247.