

ПРАВО И ЕГО ИНТЕРПРЕТАЦИИ

М. Тропер*

Предисловие к русскому изданию**

Нет ничего более банального, чем счастье и гордость автора, работы которого переведены на иностранный язык. Да и как может быть иначе? Однако, поскольку речь идет о работах по правовому реализму, у меня есть несколько дополнительных причин для радости.

Первая из них состоит в том, что реализм наталкивался и до сих пор наталкивается на сильное сопротивление. Еще не пришло время для того, чтобы в Европе стали писать так же, как иногда пишут американские авторы: «Реализм мертв, поскольку теперь все мы реалисты». Эта формула оправдывает себя в США, поскольку многие важнейшие течения научной мысли прямо или косвенно вышли из реализма и поскольку в контексте этой правовой культуры трудно спорить с одним из основных тезисов реализма — идеей о том, что толкование есть творческий акт и что судьи создают право. В системе общего права самоочевидной истиной является то, что судебная практика — источник права. Истина эта, конечно, очевидна и в США, где судьи имеют то полномочие, которым не обладают английские судьи, — право контролировать конституционность законов, руководствуясь при этом старинным и туманным текстом, который нужно истолковывать.

В теоретическом плане реализм — несмотря на то что он считает себя производным от позитивизма — натолкнулся в Европе на сопротивление со стороны других позитивистов, Кельзена и Харта. Они хотя и не думали отрицать дискреционную власть судей, но видели в реализме тезис, согласно которому правила являются всего лишь мифом. Эти мыслители хотели любой ценой защитить идею о том, что право обладает объективной действительностью, независимой от воли акторов. Поэтому им требовалось найти срединный путь между «благородной мечтой» концепции судебного решения как силлогизма и «кошмаром» реализма. В таком аспекте Кельзен мог утверждать, что дискреционная власть осуществляется только в рамках, установленных правилами, а Харт мог говорить о том, что такая власть проявляется только в сложных делах.

* Тропер Мишель — почетный профессор университета Париж-10 Нантер (Париж-Уэст).

** Перевод с франц. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

Настоящее короткое введение, очевидно, не очень подходит для защиты реализма. Но я очень рад, что переводчику пришла на ум отличная мысль — поместить в данной подборке текстов тот спор, который мы вели с Отто Пферманном и который позволил выложить на стол козыри — основные и лучшие возражения против реалистической теории толкования. Осмелюсь надеяться, что были изложены и лучшие аргументы в защиту этой теории.

Как бы то ни было, реализм сегодня имеет наибольшее число сторонников в некоторых странах Западной Европы, особенно в Италии и Франции; можно надеяться, что эта теория найдет свою аудиторию и в России.

Но в Европе со времен Великой французской революции принято считать, что единственным легитимным источником права является закон как выражение общей воли и что судьи, согласно знаменитому высказыванию Монтескье, являются и должны оставаться не более чем «уста́ми, произносящими слова закона».¹ Поэтому судебные решения должны быть лишь силлогизмами, а творческое толкование законов должно быть запрещено, поскольку оно приведет к узурпации законодательной власти. Следовательно, судьи, которые фактически занимаются толкованием (да и как могли бы они действовать иначе?), вынуждены либо отрицать, что речь идет о толковании, и говорить, что они осуществляют «применение» закона, либо притворяться, что их толкование не является творческим и что оно состоит только в выявлении скрытого значения, уже содержащегося в тексте. Эти рассуждения судей в высшей степени политизированы — в самом широком смысле этого термина. Ведь такие рассуждения направлены на то, чтобы замаскировать власть судей, а эта власть оказывается тем более крепкой, чем больше культивируются подобные рассуждения. Реализм, вскрывающий объем власти судей, наталкивается на доминирующую идеологию, которая распространяется традиционной теорией права. Согласно этой идеологии толкование есть функция познания, а реализм разоблачается в качестве циничного замысла, направленного на отрицание реалий демократии и правового государства.

Другая причина моей радости — то, что этот перевод позволит подчеркнуть различия между европейским и американским реализмом. И тот, и другой претендуют на описание правовой действительности, которая не сводится к правовым текстам или к прецедентам. И тот, и другой рассматривают право не как множество идеальных сущностей, а как множество фактов. И тот, и другой разделяют идею о том, что право есть не что иное, как то, о чем судьи говорят, что это есть право. Вместе с тем, констатируя, что судьи располагают дискреционной властью, американские реалисты исследуют, как судьи могут и должны осуществлять эту власть. Иными словами, американские реалисты вынуждены придать нормативистскую направленность своим рассуждениям, в которых они рекомендуют основывать решения на той или иной неюридической научной дисциплине — социологии, экономике или психологии; а это нередко приводит к формированию идеологических позиций. Частично такое положение дел объясняется тем, что американский реализм развивается адвокатами и судьями и что задача юридических факультетов в США состоит не в преподавании

¹ Точная цитата: «Но судьи народа, как мы уже сказали, — не более как уста, произносящие слова закона» (Монтескье Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 145). — Прим. пер.

оторванной от практики науки о праве, а в формировании юристов-практиков. Поэтому таких юристов нужно готовить к использованию аргументов, направленных на полноценное обоснование решения. Если принять, что судебное решение не состоит в применении некоего правила, то подобные аргументы юрист может найти только за пределами права, прежде всего в социальных фактах. С одной стороны, американские реалисты в своих рассуждениях следуют позитивизму в той степени, в которой они претендуют на описание правовой действительности, с другой — они отходят от позитивизма, поскольку отказываются от идеала *Wertfreiheit*² и поскольку реализм оказывается жертвой методологического синкретизма.

И, напротив, европейские реалисты остаются близки классическому правовому позитивизму. Они отказываются от нормативистской позиции, которую они рассматривают как следствие юснатурализма, и ставят себе целью сконструировать науку о праве по образцу эмпирических наук.

Третья причина порадоваться данному переводу — то, что выходит он в тот момент, когда теория права испытывает серьезные перемены. Поскольку теория права считает себя общей, она должна описывать не только право отдельно взятой страны, но и право всех стран. В течение длительного времени считалось, что поскольку основное содержание права варьируется в разных странах, то общим для права является прежде всего форма. Позитивистски настроенная общая теория права распространяется на нормы, на отношения между нормами, т. е. на структуру системы права, на источники, на отношения между системами права и, в конце концов, на толкование. Такая общая теория права оставляет традиционной юснатуралистической доктрине все то, что касается основного содержания права, — например, основные права человека, демократию или собственность. К этим вопросам традиционная юснатуралистическая доктрина также подходит с нормативных позиций.

Однако несколько лет назад была подмечена возможность изучения основного содержания позитивного права с такой точки зрения, которая одновременно будет и общей, и строго дескриптивной. Достаточно исходить из того, что если основное содержание права варьируется от одной страны к другой, от одной эпохи к другой, то правила тем не менее выражаются с помощью понятий, которые могут быть общими для множества систем права. Понятие собственности может быть одним и тем же, хотя режим собственности варьируется. Понятие развода может быть одним и тем же в тех системах права, где развод запрещен, и в тех, где он разрешен. Поэтому общая теория права может заниматься системой понятий.

Даже если реализм доказывает, что право создается теми, кто его истолковывает, теория права все же должна исследовать тот способ, которым создается право. Та юридическая аргументация, при помощи которой протекает и обосновывается правотворчество, принадлежит к числу тех фактов, которые и образуют право. А с того момента, когда мы оказываемся перед лицом фактов, рушатся все те трудности, которые, казалось, были связаны с идеальной природой права; в особенности это касается невозможности причинно-следственного анализа в праве. Тогда у нас появляется возможность изучать

² Свобода от ценностей (нем.). — Прим. пер.

через призму причинно-следственной связи отношения между разными элементами права, юридическую аргументацию, т. е. систему аргументов, норм, структуру системы права, юридические понятия и теории. Разумеется, все эти факты могут быть соотнесены с социальными фактами согласно правилам социологического метода. Тем не менее данные правила могут и должны служить предметом особого юридического анализа, так чтобы наука о праве могла интегрироваться в систему социальных наук, но при этом не утратить своей автономии.

Мне остается только пожелать, чтобы предлагаемые ниже работы могли стать дополнением к тем спорам, которые ведутся в русскоязычных академических кругах.