
М. В. Антонов*

**Современная теория права во Франции:
реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера
и спор о неореализме в толковании****

Введение. Французская теоретико-правовая школа является одной из старейших и авторитетнейших в европейских странах континентального права, она оказывала и оказывает заметное влияние на развитие философско-правовых исследований в романских странах Европы, не говоря о других франкоязычных странах. Не стоит забывать, что многие идеи, которые определяли движущий правовой мысли европейцев, зародились именно во Франции. Речь идет не только о воздействии наполеоновской кодификации на развитие европейского права (что само по себе показательно в плане интеллектуального влияния); можно указать и на социологию права (многие ключевые идеи которой были первоначально изложены основоположником социологии Э. Дюркгеймом и теоретиком свободного права Ф. Жени), на правовой нормативизм (берущий свои истоки в немецкой пандектистике и во французской экзегетике XIX в.), правовую герменевтику, постмодернистские учения о праве и т. д.

Если говорить о современной французской теории права, то после непродолжительного периода сильного влияния в 1960–70-х гг. социологической юриспруденции (Ж. Карбонье) и естественно-правовой доктрины (М. Виллей) главенствующие позиции там занимает правовой нормативизм (основное значение принадлежит школе Шарля Эйзенмана — ученика Кельзена). Но с недавнего времени правовой нормативизм получил серьезного научного соперника во французской реалистической теории права. В 1990-х гг. в Университете Париж-10 вокруг профессора этого университета Мишеля Тропера,¹ ученика Эйзенмана, образовался Центр теории и анализа норм права, сотрудники которого (Доминик Руссо, Эрик Мийяр и др.) пытались предложить новое прочтение нормативизма с позиций правового реализма. Но при всех сходствах

* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права Санкт-Петербургского филиала НИУ ВШЭ (mantonov@hse.ru).

** Автор благодарит профессора Отто Пферсмманна и профессора Мишеля Тропера за помощь, оказанную при написании этой статьи, и за любезное согласие на публикацию русского перевода их работ. Особая благодарность профессору Эрику Мийяру за его ценные советы по содержанию данной работы.

¹ Мишель Тропер родился в Париже в 1938 г. В 1963 г. под руководством Шарля Эйзенмана он защищает кандидатскую диссертацию о разделении властей во французской конституционной истории. С 1969 по 1978 г. он преподает в Университете Руана. С 1978 г. М. Тропер является профессором права в Университете Париж-10 Нантер.

названные исследователи не ассоциировали свои научные проекты с теориями американской или скандинавской школ правового реализма, дистанцируясь от крайних версий реализма, где право рассматривается как миф и смешивается с фактическим принуждением. Основатель этой школы Мишель Тропер еще с начала 1980-х гг. развивал воззрения, альтернативные господствующему во французской правовой доктрине правовому нормативизму,² сделав акцент на применении реалистического подхода к изучению проблем современного публичного права (теории разделения властей, суверенитета, конституционного толкования). Результаты данных исследований Мишель Тропер изложил в двух основных работах, где собраны его ключевые статьи за два десятка лет.³

Правовой реализм как направление в теоретическом правоведении обычно связывается с двумя основными школами: американской (О. Холмс, К. Ллевеллин, Д. Франк, Б. Кардозо и др.) и скандинавской (А. Хэгерстрем, К. Лундштедт, К. Оливекрона, А. Росс и др.).⁴ Достоинства и недостатки, перспективы данного подхода к праву обсуждаются в основном в контексте двух указанных направлений. Это вполне объяснимо, поскольку работы основных представителей этих школ опубликованы на английском языке и поэтому доступны англо-американскому научному сообществу, которое в последние десятилетия задает тон развитию философско-правовых доктрин в мире. Но правовой реализм не исчерпывается этими двумя школами, в немецком,⁵ итальянском⁶ и французском правоведении существуют особые школы, которые причисляют себя к реализму, не ассоциируясь при этом с американским и скандинавским направлениями правового реализма. Именно во французской теории права правовой реализм занял сильные позиции и является доминирующим (с точки зрения новизны и научного потенциала развиваемых научных идей) направлением на протяжении двух последних десятилетий.

Представляемый вниманию читателей спор между лидером французских неореалистов Мишелем Тропером и ведущим представителем правового нормативизма во Франции Отто Пферсманном, несомненно, является наиболее заметным интеллектуальным событием в истории новейшей французской теории права. Обмен идеями и критическими замечаниями, способ аргументации своих взглядов и обоснование критических выпадов в адрес соперника хорошо

² Troper M. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris, 1980.

³ Troper M. 1) *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris, 1994; 2) *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, 2001.

⁴ Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 645–668.

⁵ Ср.: Кравиц В. Пересмотр понятия права // *Российский ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 433–445.

⁶ Ср., напр.: Guastini R. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano, 2004. — Ср. критическое сопоставление этих теорий: Guastini R. *Michel Troper e l'interpretazione della costituzione* // *L'analisi del ragionamento giuridico* / a cura di P. Comanducci, R. Guastini. Vol. 2. Torino, 1989. P. 249–265; Leben C. *Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire* // Chaim Perelman et la pensée contemporaine / ed. G. Haarscher. Bruxelles, 1993. P. 215–235; Béchillon D. *de. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation — réflexions critiques* // *Revue de la recherche juridique*. 1994. P. 246 sq.; Timsit G. *Contre la nouvelle vulgate* // Colliard J.-C., Jegouzo Y. *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*. Economica, 2001. P. 31–48.

демонстрируют сегодняшнее состояние теоретических исследований права во Франции (речь идет не только о теории права в узком смысле слова — оба участника дискуссии являются ведущими представителями науки конституционного права).⁷

Сущность реалистической теории толкования изначально была изложена М. Тропером в одноименной работе в трех тезисах (толкование есть акт волеизъявления; его объектом являются не нормы, а правовые высказывания и факты; субъекты толкования наделены специфической властью).⁸ Затем в статье, где он отвечает на критику со стороны Пферсмманна, М. Тропер несколько корректирует и дополняет эту позицию, которая становится объектом повторной критики Пферсмманна. Эта дискуссия встраивается в общеправовой контекст рассуждений о содержании правового позитивизма — и Тропер, и Пферсмманн заявляют свои программы как позитивистские, пытаются построить эти программы на принципах позитивного научного знания. Но если Пферсмманн понимает позитивность права преимущественно в терминах нормативизма, относя право к особому модальному порядку долженствования, то Тропер пытается строго разделить область нормативного и фактического, заявляя, что право (точнее, то, что является объектом познания науки о праве, — правовые высказывания) относится именно к сфере фактов, которую нужно изучать с помощью эмпирических методов.

Сама по себе дискуссия состоит из двух полемических статей О. Пферсмманна и одной статьи, в которой М. Тропер кратко отвечает на аргументы своего оппонента, изложенные в первой из полемических статей. Вторая статья О. Пферсмманна так и осталась без ответа со стороны М. Тропера, хотя после прямого обмена критическими статьями два французских правоведа продолжили косвенную критику воззрений друг друга с одновременным дополнительным обоснованием собственных позиций. Материалы в продолжение данной полемики в области проблематики конституционного толкования будут опубликованы в ближайших номерах журнала «Правоведение».

Сжатое авторское изложение разбираемой теории дано в цитированной выше работе («Реалистическая теория толкования»), мы же ставим себе задачей дополнить те положения, которые имплицитно предполагаются в этом тексте с учетом развития идей его автора и того интеллектуального контекста, применительно к которому он формулировал эти идеи. Не имея места для публикации двух книг М. Тропера, которые стали объектом критики О. Пферсмманна,

⁷ Полемика сразу же привлекла внимание не только французских, но и итальянских юристов и была опубликована в одном из ведущих итальянских юридических журналов «Analisi e diritto» одновременно с публикацией во французском журнале «Revue Française de Droit Constitutionnel». Несколько лет спустя полемика была опубликована в переводе на итальянский язык с комментариями итальянского правоведа Винченце Омаджо: *Troper M., Pfersmann O. Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione. Editoriale Scientifica, 2007.*

⁸ *Тропер М. Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1. С. 137.* — По большей части заимствуя варианты перевода ключевых терминов М. Тропера, мы оставляем за собой свободу давать свой перевод там, где считаем ранее предложенный вариант неподходящим.

в настоящей статье мы предварили публикацию самой полемики только тремя ключевыми статьями М. Тропера из этих книг. Мы также стараемся не обращаться к этим уже известным российскому читателю текстам, которые уже были опубликованы в русском переводе,⁹ а ставим целью осветить содержание тех текстов, которые пока недоступны на русском языке. Именно такое краткое введение в теорию толкования М. Тропера (не затрагивающее других интереснейших элементов творчества этого французского мыслителя — теории суверенитета, разделения властей и др.) и является предметом настоящей статьи.

Объект науки о праве и нормативность права. Нормативное должествование для М. Тропера не есть особый мир должного, независимый от мира причинности. Оно представляет собой прием реконструирования, а сама норма — лишь факт, высказывание. Результаты реконструирования значения правовых высказываний не должны гипостазироваться и возводиться в ранг «вещи в себе», недоступной для причинно-следственного объяснения. Правоведы при изучении своего объекта (правовых высказываний) не могут опираться на искусственные идеологические постулаты.¹⁰ Правоведы создают свои схемы, концепции, доктрины в конкретных социальных условиях, находясь в зависимости как от наличного правового материала, так и от той институциональной системы, для которой предназначены результаты их интеллектуальной работы. Но при этом правоведы не могут быть уподоблены физикам или биологам, изучающим внешний мир через объективированное описание свойств объектов этого мира. Не похожи правоведы и на социологов или историков, которые находят в общественной жизни уже сформированные объекты своих научных исследований. В распоряжении правоведа такого готового для научного познания объекта нет — он сам создает объект своего изучения, находя в текстах нормы, правила и, в конечном счете, само право. Рисуемый правоведом образ права отличается от реального права так же, как изображенный на картине художника предмет отличается от реального предмета, послужившего художнику в качестве модели.

⁹ Тропер М. 1) Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 171–181; 2) Реалистическая теория толкования. С. 136–143. — В общетеоретическом плане полезным будет прочтение еще одной доступной на русском языке статьи: Тропер М. Функция отправления правосудия или судебная власть? // Мировой судья. 2006. № 2. — Также читателю полезно ознакомиться с переводами работ другого участника спора: Пферсманн О. 1) Значение социальных принципов в сравнительном конституционном праве // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 1. С. 45–51; 2) Селективное правовое государство и конституционная жалоба // Там же. № 3. С. 175–181; 3) Понятие разделения властей и проблема «власти во власти» // Там же. 2004. № 2. С. 44–49; 4) Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 1. С. 121–127; 5) Автономизация конституционного права во Франции // Там же. 2009. № 1. С. 54–67.

¹⁰ При этом важно понимать, что речь идет лишь о запрете идеологизации науки о праве, а не об отрицании идеологических влияний в праве: «Если наука о праве хочет описать свой объект, она должна признать, что право выражает, отражает, проводит идеологические установки. Науке о праве запрещается оценка содержания права или формы права с точки зрения идеологии» (Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 36).

Более того, создавая образ предмета своего изучения, правовед использует термины и концепты, вводимые им самим: «Термины юридического языка в качестве своих референтов имеют только те концепции, которые необходимы или просто полезны для функционирования системы права».¹¹ Это означает, что понимание содержания правовых высказываний доступно только через изучение самих терминов и концептов, использованных в этих высказываниях. Примыкая к этой идее, общей для многих представителей аналитической философии права, начиная И. Бентамом и кончая Г. Хартом, М. Тропер дает ей несколько иное, реалистическое прочтение, близкое к концепции А. Росса (что не означает совпадения позиций).

М. Тропер приходит к выводу о том, что право, с которым мы встречаемся в реальности, состоит не из объективных абстрактных правил и схем — оно есть продукт деятельности определенных институтов, которые авторитетно решают, что есть право для каждого конкретного случая. Именно таким право предстает с точки зрения эмпирической науки, которая призвана собирать и изучать только факты и ничего кроме фактов. В качестве таких фактов, как было сказано выше, выступают высказывания о праве. Те абстрактные правила поведения, с которыми мы обычно отождествляем право, являются результатами доктринального творчества правоведов, которые по-своему истолковывают содержание правовых текстов, конструируя из них нормы. Такое истолкование лишено как научной (поскольку не поддается верификации), так и юридической силы (поскольку само по себе ни к чему не обязывает субъектов права).¹² Правовые тексты (законы и т. п.), по мнению М. Тропера, не выступают в качестве источников юридического обязывания, поскольку не содержат указания на должное поведение в конкретной ситуации.¹³ Эти общие правила являются правовыми только в той мере, в которой они истолковываются как правовые, т. е. как имеющие способность связывать поведение других лиц путем ссылки на власть и авторитет существующих правовых институтов.

Как будет показано ниже, при этом Тропер не претендует на универсальность своей экспликативной схемы и не отрицает ценности анализа абстрактных правил, конструируемых правоведами. Это также сфера права, «право юристов», которое создается представителями правовой доктрины для систематизации тех абстракций, которые применяются юристами для достижения успеха в правоприменительном процессе. Такое право юристов отнюдь не является бесполезным. Судья может быть убежден стройностью аргументов одной стороны, адекватностью ее ссылок на абстрактные нормы, искусно извлекаемые

¹¹ Ibid. P. 195.

¹² М. Тропер уподобляет правоведов, которые пытаются «установить значение» правового высказывания до издания акта аутентичного толкования, авгурам, которые пытались установить «объективное» значение явлений природы по полету птиц или раскладу карт (Troper M. Ross, Kelsen et la validité // Droit et société. 2002. N 50. P. 54).

¹³ «Если закон содержит формулировку “запрещено n”, то выражение “n” в зависимости от придаваемого ему значения может означать разные действия n1, n2..., nn. Таким образом, закон содержит не одну норму, а многие различные потенциальные нормы, соответствующие возможному толкованию: “запрещено n1”, “запрещено n2”, “запрещено nn”. Именно автор толкования делает выбор между этими различными нормами» (Тропер М. Реалистическая теория толкования. С. 138).

юристами из правовых текстов, проработанностью ее позиций с точки зрения правовой догматики — и разочарован невнятностью аргументов другой стороны. Но если он выносит решение в пользу первой стороны, ничто не гарантирует правильности интерпретации судьей существующих абстрактных норм и того, что его решение не будет отменено в вышестоящей инстанции по причине неправильного толкования законов.

Ответственность за нахождение права лежит, в конечном счете, исключительно на судье, который не может найти «готовое право» в текстах законов, но должен создать такое право для каждого казуса. При этом судья не связан каким-то объективно существующим правом: решая дела, он создает для них конкретные нормы, которые облакаются юридической силой совершенно независимо от их соответствия каким-либо правовым текстам. Так возникают индивидуальные (в кельзеновском смысле) нормы права, которые составляют основу правового общения и любого правового порядка. Как будет показано ниже, М. Тропер не отрицает и существования «общих норм», которые выявляются через аутентичное толкование.

В нормативном плане на судью влияют два фактора: верование в связанность его решений и его поведения правом (в зависимости от силы такого верования судья может чувствовать себя более или менее свободным в толковании) и расчет на позицию вышестоящей инстанции, которой судья не должен противоречить, чтобы его решение не было отменено. Несколько иная ситуация складывается в случае конституционного толкования, где орган толкования не связан позицией вышестоящего органа (поскольку такового просто нет) и где свобода судьейского нахождения права проявляется наиболее отчетливо. Не случайно тема конституционного толкования высшими юрисдикционными органами представляет собой центральный момент в рассуждениях обоих авторов.¹⁴

В онтологическом аспекте исходные позиции Тропера и Пферсмманна существенно разнятся: если для Пферсмманна бытие права раскрывается и постигается через нормы, то для Тропера право существует и развивается в действиях субъектов права и особенно правоприменителей. Выявленный в результате истолкования текста смысл образует собой правило, которое может обрести «юридическую силу», т. е. реальный эффект, способность связывать поведение других лиц, если эти лица находятся в зависимости от того органа, который наделил реальным значением абстрактный правовой текст, и поэтому вынуждены принимать во внимание позицию этого органа и руководствоваться ею. Представление об обязывающей силе закона как выражения «общей», «народной» воли и об объективном юридическом значении общих норм закона для М. Тропера, как и для других представителей правового реализма, является мифологическим предрассудком, приемом идеологического обоснования иллюзорной власти законодателя.¹⁵ Лишь фактическая связанность одного лица волей

¹⁴ Случай конституционного толкования М. Тропер считает наиболее показательным, поскольку он демонстрирует невозможность толкования конституции как способа уяснения содержания ее норм. Такое толкование, как правило, происходит вне рамок каких-либо споров; зачастую нет органа, компетентного рассматривать конституционные споры, и ответствующего регламента — в странах, где нет института конституционного контроля.

¹⁵ Здесь М. Тропер примыкает к радикальной версии правового реализма, поддерживаемой Дж. Греем и многими другими американскими реалистами, а также датчанином

другого лица (органа) может заставить (понудить, сделать обязательным) первое лицо вести себя сообразно тому значению, которым второе лицо (орган) наделило тот или иной текст. Представляя свою точку зрения как вариант эмпирического прочтения кельзеновской традиции,¹⁶ М. Тропер утверждает, что право не существует в качестве нормативной данности. Понимание права как системы норм, а правовых норм как независимых императивов есть лишь изобретение юридической доктрины в целях легитимации нового типа правового регулирования, который складывается в Европе с XVIII в.

Другой участник спора, О. Пферсманн, стоит на позициях, поначалу не кажущихся диаметрально противоположными. Он также опирается на понимание права как системы модальных высказываний, связанных с организованными санкциями со стороны существующих правоприменительных институтов. Возражая М. Троперу, О. Пферсманн указывает на иные варианты нормативного измерения права, которых не учитывает его оппонент. Действительно, норма не имеет в качестве содержания волю народа или иную подобную метафизическую субстанцию. Ее сущность заключается в особой модальности высказывания, которая обязывает к некоему поведению, запрещает или дозволяет его. Эта модальность может быть производна, в конечном счете, от воли конкретного лица (а не абстрактного института), истолковывающего поведение другого лица в связи с моделью поведения, которую это первое лицо (автор толкования) находит в правовом тексте.

Вместе с тем производность высказывания некоего лица о праве не означает того, что сама модальность сделанного им высказывания опирается на волю этого лица. Речь идет о двух разных порядках: фактичности и нормативности права. Правовые высказывания основаны на особом значении правовых текстов, которое транслируется в правовые отношения через волю применяющего (реализующего) право лица. Они имеют самостоятельное мысленное содержание, направленное к сознанию субъекта права. Действие правовых регуляторов невозможно вне рамок общих правил поведения и правовых высказываний, с помощью которых указанные правила транслируются участникам правовой жизни. Эти правовые высказывания наделены объективным смыслом, который и образует содержание норм права; не признавая объективности такого смысла, нельзя говорить о праве вообще.

Иная позиция означает бесплодный агностицизм. О. Пферсманн пытается продемонстрировать это на примере рассуждений М. Тропера, который не может обойтись без аксиоматичного введения объективных нормативных данностей в свою концепцию. Даже если можно предположить истинность концепции М. Тропера, с одной стороны, она противоречит каждодневному опыту юристов, которые интуитивно воспринимают право как нечто

А. Россом. См. об этом: *Millard E. Quelques remarques sur la signification politique de la Théorie réaliste de l'interprétation // L'architecture du droit, Melanges en l'honneur du Professeur Michel Troper / dir. D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard. Economica, 2006. P. 731 ff.*

¹⁶ Отметим, что и Пферсманн, и Тропер опираются на правовую концепцию Кельзена: один из элементов спора между двумя французскими правоведом как раз и заключается в разном понимании представлений Кельзена о праве. О принципиальных отличиях позиций Г. Кельзена и М. Тропера в подходах к теории толкования см.: *Troper M. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique // Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. Paris, 1994.*

объективное, а с другой — ее невозможно выразить на юридическом языке, структуры которого построены на презумпции объективности значения правовых текстов. Кроме того, понимание права как инструмента психологической мотивации людей, по Пферсманну, растворяет право в фактичности, смешивает право и политику, нарушая ту непреодолимую (для нормативистов) грань, которая отделяет правовой порядок от силового принуждения.¹⁷

Если при прочтении текста дискуссии создается впечатление, что противники заходят в тупик, не слышат и не понимают друг друга, то это впечатление неверно. Очевидно, что каждый из участников спора опирается на определенную парадигму восприятия права и что эти парадигмы не совпадают между собой по ряду моментов. Но насколько такое несовпадение является непреодолимым и принципиальным? Разумеется, спора и не было бы, если бы для его ведения у противников не было общей почвы.

Основным общим элементом спора является кельзеновское понимание нормы как значения правового акта. Вся реалистическая теория толкования М. Тропера строится именно на таком понимании нормы. В этом легко убедиться, если попытаться подставить в рассуждения этого французского теоретика другой образ нормы (как веления суверена, как гипотетического условия поведения, как связки между властным установлением и санкцией за его нарушение и др.). В таких случаях толкование неизменно будет познавательным актом выявления значения, изначально присутствующего в правовой норме, на чем собственно и настаивает О. Пферсманн. Но позиция последнего также строится на прочтении нормы как значения. Вопрос только в том, признается ли это значение объективным или нет.

Если же мы признаем, что норма есть значение (приказа суверена и т. п.), то до выявления этого значения нормы не существует. Этот вывод бесспорен для тех, кто придерживается кельзеновского учения о праве в его первой версии (до «Общей теории норм»), где Кельзен проводит различие между правовыми высказываниями (текстами законов) и правовыми нормами (гипотетическими предложениями, сконструированными в правовой доктрине). Именно на этом делении основывается идея М. Тропера о раздельном существовании норм и текстов права. Но в отличие от Кельзена французский теоретик намечает некоторые важные нюансы.

Во-первых, для М. Тропера правовой текст изначально лишен какого-либо нормативного значения и относится к другому порядку высказываний — это высказывания объектного языка, тогда как сконструированные в результате аутентичного толкования нормы относятся к метаязыку.¹⁸ Во-вторых, правовые нормы создаются не представителями юридической доктрины, а органами аутентичного толкования (прежде всего высшими судебными и административными органами; см. об этом ниже). В-третьих, Тропер отрицает гипотезу

¹⁷ Действительно, М. Тропер не колеблется признать, что «описание структуры правового порядка одновременно является описанием структуры политической власти... анализом системы распределения власти» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 67*).

¹⁸ В логике объектный язык — это тот язык, который является объектом нашего изучения; метаязыком — тот язык, который мы используем для того, чтобы говорить об этом объекте.

основной нормы. Он принимает предложенное Кельзеном отождествление права и государства,¹⁹ но упрекает австрийского правоведа в отрыве актов волеизъявления от значения этих актов. М. Тропер в этом центральном аспекте считает нужным «подправить» кельзеновскую теорию толкования: норма не есть значение акта волеизъявления; некий акт волеизъявления обретает значение нормы, только если некий другой акт волеизъявления придает первому акту такое значение.²⁰ С этой точки зрения нет необходимости введения в правопорядок гипотезы основной нормы, поскольку единство правопорядка, по Троперу, зиждется не на нормах, а на актах волеизъявления, относительное однообразие которых объясняется единством культурных, политических и иных условий жизни того или иного общества. Поскольку акт волеизъявления в праве практически всегда облекается в форму лингвистического высказывания, акт придания значения должен принять форму толкования текста того высказывания, в котором выражен исходный (толкуемый) акт волеизъявления. Поэтому наиважнейшим концептуальным моментом рассуждений о нормативности становится вопрос об объективности правовых высказываний: имеет ли интерпретатор дело с неким априорно заданным значением такого высказывания, либо же он создает его из истолковываемого текста?

Объективность права. Если можно представить, что значение есть результат мыслительной реконструкции субъектов права, которые каждый раз транслируют содержание правовых текстов на свои поведенческие акты, создавая тем самым себе субъективные права и обязанности, то мы приходим к субъективистскому прочтению нормативности, защищаемому М. Тропером. Каждый из субъектов права самостоятельно осмысливает, истолковывает правовые тексты, выявляет их значение. Это осмысление может происходить на разных ступенях правотворчества. Например, депутаты парламента могут задуматься о значении законодательных нововведений, за которые они голосуют; той же мыслью задаются авторы законопроектов, как правило, технические специалисты парламентских комитетов.²¹ Во всех этих случаях речь идет об актах мыслительной деятельности, но говорить о том, что именно парламент как институт устанавливает и формулирует значение правовых норм, будет грубой и оторванной от действительности метафорой. Институциональные образования не способны на мыслительные акты, и поэтому применительно к данной метафоре мы имеем дело не с единым актом познания, а с множеством

¹⁹ «Государство есть не что иное, как имя, которое мы даем политической власти, если она осуществляется в определенной форме, т. е. в юридической форме» (Ibid. P. 181).

²⁰ Ibid. P. 173 ff. — Ср. также «условное определение толкования как деятельности, которая состоит в указании или определении значения чего-либо» (Тропер М. Реалистическая теория толкования. С. 136).

²¹ Тропер М. Реалистическая теория толкования. С. 137–138. — Горизонт представлений М. Тропера не ограничивается изучением только закона как ведущего источника права континентальных систем права; закон для него — это наиболее парадигмальный пример, на котором видны все достоинства и недостатки классического понимания права и традиционной теории толкования права. Очевидно, что истинность реалистических выводов М. Тропера по поводу установления смысла закона и формирования норм права полностью распространяется на другие источники права (договор, обычай, принципы, прецедент) и подтверждается на их примере.

разрозненных мыслительных актов, далеко не всегда имеющих общее содержание (так, депутаты вполне могут расходиться между собой в прочтении и истолковании значения отдельных законопроектов) и зачастую логически противоречащих друг другу. То же самое происходит и в среде правоприменителей, в среде обычных субъектов права.

Рассуждая об обязывающем характере закона, М. Тропер приходит к давнему вопросу теории толкования: если в законе изначально заложено некое значение, то кто из участвующих в законодательном процессе лиц формулирует это значение при подготовке и принятии законопроекта? Может ли это значение иметь единое «объективное» содержание, как это значение сохраняется в тексте закона и, главное, за счет каких свойств законодательного текста может происходить без смысловых потерь трансляция «объективного» значения закона от законодателя к правоприменителю? По мнению Тропера, в законе не присутствует никакого объективного значения, а те субъективные смыслы, которые депутаты парламента и другие участники законодательного процесса связывали с законом, так и остаются субъективными, хотя в плане легитимации правового порядка они претендуют на объективное значение.

До некоторого момента такие рассуждения не кажутся шокирующими для континентального юриста, воспитанного на традициях пандектистики XIX в.: есть общие правовые правила; они содержат общие указания на должное поведение; конкретное применение этих правил — вопрос того правопорядка,²² где осуществляется толкование права; под толкованием права понимается субсумция (подведение) содержания конкретной жизненной ситуации под общие юридические правила. Для применения права необходимо осуществить интеллектуальную операцию, сформулировав силлогизм: смысл общих правовых норм (большая посылка) определяется применительно к конкретным ситуациям (малая посылка), причем такие следствия должны раскрывать значение, заложенное в норме законодателем, ее объективный смысл. Соответственно, если можно доказать соответствие между объективным значением нормы и ее значением, то толкование истинно, если же нет — ложно. Каждая норма может иметь только одно истинное значение, все остальные (логически несовместимые с истинным смыслом) значения являются ложными. Догма права исходит из того, что нормы права обладают объективным смыслом, устанавливающим модальность поведения. Предполагается, что этот смысл заложен в нормы изначально, он не изменяется со временем (за исключением случаев изменения самих норм). С этой точки зрения правовые нормы предполагаются независимыми императивами, способными служить в качестве универсального

²² Подобное описание процессов толкования можно встретить в сочинениях большинства современных российских правоведов. Ср.: *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. М., 2007; *Толстик В. А., Дворников Н. Л., Каргин К. В.* Системное толкование норм права. М., 2010. — В несколько более детализированной форме эти мысли также воспроизводятся в исследованиях дореволюционных юристов. Ср.: *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002.

В настоящей работе мы используем термин «правоприменение» в широком смысле, включая в него все процессы, связанные с реализацией права, а к числу правоприменительных органов в данном контексте относим также юрисдикционные органы. Термин «толкование» употребляется в том смысле, который в него вкладывает М. Тропер.

критерия для вынесения правоприменительных решений, для регламентации поведения участников правового общения.

При внешнем сходстве в описании М. Тропер предлагает совершенно иную концептуальную схему. Он утверждает, что в правотворчестве нет никакого чудодейственного механизма, который бы мог преобразовывать эти субъективные смыслы в единое объективное значение, имманентно присущее тексту закона.²³ Законодатели подобны авторам литературного произведения — их функция одинакова, поскольку и те, и другие создают текст. Этот текст может подтолкнуть читателя (правоприменителя) к некоему мысленному образу, идее, концепции, но ничто фактически не гарантирует того, что это будут одни и те же образы, идеи и концепции. Как разные литературные критики могут выискивать разнообразные значения и смыслы в одном и том же произведении, так и правоприменители могут по-разному читать законы, находя в них различное содержание. Этому можно найти многочисленные подтверждения в юридической практике, где между различными юрисдикционными органами нередко происходят конфликты, связанные с разной интерпретацией законодательных текстов.

То или иное прочтение текста будет считаться правильным, а «выявленный» смысл адекватным «объективному» смыслу текста, если субъект толкования наделен властными полномочиями по отношению к тем лицам, которые должны руководствоваться его истолкованием. Но в распоряжении юриспруденции нет методов для проверки научности, истинности, верифицируемости акта толкования — эмпирическая (а не догматическая!) наука права не может предложить для этого каких-либо критериев. На юридическом языке «истинность» и «обязательность» всегда будут означать одно и то же.

Если же в правовом порядке существуют несколько независимых друг от друга властных иерархий (например, общая юрисдикция, административные суды, Конституционный совет во Франции), то в таком правопорядке могут сосуществовать логически противоречащие друг другу нормы, созданные независимыми по отношению друг к другу органами. Будучи основаны на одном и том же правовом тексте, они все же могут вступить между собой в логическое противоречие, оставаясь при этом юридически действительными (обязывающими субъектов к определенному поведению). Толкование всегда есть акт воли, но не акт сознания.²⁴ Это означает, что любое толкование имеет субъективный характер, содержание созданной в результате толкования нормы не отражает какого-либо «объективного» смысла правового текста, а репродуцирует волю толкователя, связанную с выбором одного из возможных значений текста. Поэтому правовая квалификация некоего поведенческого акта есть сугубо прагматический вопрос — юристу нужно выбирать такую трактовку правового

²³ «Обязывающий характер или действительность никогда не составляют ни объективное свойство нормы, ни ее способ существования. Отношение также не является объективным, но представляет собой форму связи, вводимую автором правового установления. Если такая форма связи считается адекватной в данном обществе, то это вопрос факта, а решение рассматривается в качестве обоснованного, и в этом смысле можно сказать, что оно обладает характером нормы. Тогда правовая система является именно системой обоснования» (Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 174).

²⁴ «Как продемонстрировано многими авторами, толкование является не актом познания, но актом воли» (Ibid. P. 99).

текста, с которой согласится суд, а последний должен дать такую квалификацию (создать такую индивидуальную норму), которая не будет отвергнута вышестоящей инстанцией и будет согласовываться с принятыми в обществе моделями легитимации (обоснования) судебной власти.

Так, суд в концепции М. Тропера оказывается не только «хранителем», но и творцом права, полностью свободным с нормативной точки зрения.²⁵ Казалось бы, такой образ безграничной судебной свободы противоречит образу судьи как «уст закона» и образу правового государства как «правления законов, а не людей», на которых в европейской философии права зиждутся как институт разделения властей, так и демократическая модель политического устройства.²⁶ Одна из аксиом правопонимания Нового времени состоит в том, что социальные конфликты должны решаться судебными органами, занимающими объективную позицию по отношению к участникам спора. Эта объективность гарантирована не только независимостью судьи, но и его связанностью «велениями закона». Но в этом отношении «объективность» для М. Тропера совершенно не подразумевает того, что судья является «уста́ми закона» в том смысле, что судья в судебном деле лишь механически озвучивает правила, заранее сформулированные законодателем.

Судья является таким же субъектом мыслительной деятельности, как участники спора и любые иные лица; он знает о тексте закона ровно столько же (фактически, он может знать как больше, так и меньше), сколько другие участники процесса. Поэтому он не способен вывести из закона некий присущий самому закону имманентный смысл. Если то значение, которое устанавливает судья, наделяется в правовом порядке обязывающей силой, то не потому, что судья способен проводить логическое дедуцирование объективного значения закона

²⁵ Ср. дебаты между Д. Бешийоном и М. Тропером по этому вопросу: *De Béchillon D. L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation — réflexions critiques // Revue de recherche juridique. 1994. N 1. P. 275–286; Troper M. Réplique à Denys de Béchillon // Revue de recherche juridique. 1994. N 1. P. 267–274.* — Показателен в этом отношении также спор с Д. Руссо: *Troper M. Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau // La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel / dir. G. Drago, F. Bastien, N. Molfessis. Paris, 1999. P. 379 ff.*

²⁶ См. развернутую критику реалистической концепции по этому основанию: *Dockés E. Valeurs de la démocratie (huit notions fondamentales). Paris, 2004. P. 26 ff.* — Мнение М. Тропера противоположно — в своих работах он неоднократно подчеркивает, что понимание воспроизводства права через аргументацию и толкование означает не опровержение, а, наоборот, утверждение демократии в ее делиберативном, процедурном аспекте: «Истинная демократия есть власть судей» (*Troper M. The Judicial Power and Democracy // European Journal of Legal Studies. 2007. N 1. P. 2*). См. также: *David M. Positivism juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper // Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Etranger. 1997. N 4. P. 965–994.*

Профессор Мийяр достаточно успешно опровергает миф об антидемократизме неореалистической теории, в частности, указывая на то, что если «данная теория и противоречит традиционным теориям политической демократии, то только через критику возможности реализации данных теорий в системе права» (*Millard E. Quelques remarques sur la signification politique de la Théorie réaliste de l'interprétation. P. 729*), подчеркивая «ценность процедурной демократии и важность индивидуального выбора» (*Ibid. P. 734*). См. об этом также: *Barberis M. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione // Analisi e diritto. 2004. N 11. P. 1–32.*

лучше, чем другие субъекты права, а потому, что он наделен этим правовым порядком полномочиями властного (обязательного) толкования. Вместе с тем судья не является независимым актором; результаты его деятельности, его профессиональная карьера, престиж в немалой степени зависят от того, насколько его решения согласуются с позицией вышестоящих судебных органов. Эмпирическая теория права данной зависимостью судьи пренебрегать не может и не должна слепо принимать идеологические установки юриспруденции Нового времени, дающие идеализированный и далекий от реальности образ права.²⁷

Таким путем М. Тропер приходит к констатации того, что значение не существует как объективная данность, что оно определяется каждым субъектом мыслительной деятельности самостоятельно и что закон, соответственно, не обладает смыслом, объективно обязывающим субъектов к определенному поведению. Прилагательное «определенное» здесь является центральным для понимания хода мысли французского правоведа. Если текст закона есть только информация к размышлению для правоведа, правоприменителя, любого другого субъекта права, то получается, что поведение не «урегулировано» нормами «объективного» права. Ведь закон и не может «урегулировать» поведение, поскольку положения закона являются общими и абстрактными, предназначенными для стандартных случаев и ситуаций, а в действительности существуют множество непохожих друг на друга ситуаций и множество поведенческих актов, для каждого из которых правоприменитель создает норму, т. е. устанавливает значение правового текста применительно к данному поведенческому акту. Такая трактовка общих правил применительно к конкретным ситуациям и называется М. Тропером толкованием; и в этом смысле термин «толкование» практически равнозначен по объему термину «правоприменение».

Другой лежащий в основе этой теории принцип — принцип текстуальной неопределенности — предполагает, что никакой научный метод, даже самый изощренный, не может устранить неопределенность, которую несут большинство правовых текстов (законов, административных регламентов и т. п.).²⁸ Именно это и отличает текст от нормы: текст никогда не является определенным, норма всегда является определенной, по меньшей мере в том смысле, что она «оказывает действие в рамках правопорядка».²⁹ Среди множества смыслов, которые можно найти за пределами субъективного намерения, нужно сделать выбор, который сам по себе не задан соответствующим текстом: «Объектом толкования на самом деле является не норма, а текст, по отношению к которому толкователь пытается выяснить то, какую норму несет этот текст. Сказать, что текст может нести в себе разные смыслы, значит сказать, что он может содержать в себе множество норм, между которыми должен сделать

²⁷ Ср.: *Troper M. Justice constitutionnelle et démocratie // Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 329–334.*

²⁸ Тропер утверждает, что текст всегда должен быть объектом толкования, и не только в тех случаях, когда смысл текста неясен: «Важно также подчеркнуть, что текст, каким бы он ни был, даже если казался бы совершенно ясным, должен быть истолкован» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 82.*)

²⁹ *Ibid.* P. 53.

выбор правоприменительный орган. До того как такой выбор осуществлен, не существует применимой нормы, а есть только текст».³⁰

Для французского мыслителя очевидно, что общие и абстрактные правила законов наполняются конкретным содержанием только при применении их к конкретным ситуациям. А если значение создается только при толковании и если норма есть значение (причем определенное значение поведения), то нет ничего проще, чем заключить, что норма создается только при толковании, а до этого она не существует. Существуют только правовые тексты, которые декларируются обязательными для участников правового порядка, но поскольку у этих текстов нет обязательного объективного правового значения, то у конкретных правовых субъектов не возникает каких-либо реальных прав или обязанностей до момента конструирования значения этих текстов.

Ни одна из этих создаваемых в результате толкования конструкций не будет обладать монополией на истинность, сравнительная сила этих конструкций заключается не в последовательности логики интерпретатора, а в его положении во властных иерархиях.³¹ Создание таких нормативных конструкций — не акт познания значения, но прежде всего акт воли, т. е. (в большей или меньшей степени) произвольного выбора. Причем это не когнитивный выбор, который осуществляется между наличными значениями. Речь идет о поведенческом выборе интерпретатора, который строит некую стратегию, согласно которой (не без влияния идеологии и институциональной структуры) он действует при толковании текста. М. Тропер не отрицает, а, наоборот, подчеркивает те прагматические, идеологические, институциональные и иные сдержки, которыми субъект толкования может считать себя связанным. При этом эти сдержки могут рассматриваться только как мотивы поведенческого выбора, но не как причины в цепи причинно-следственной связи — здесь М. Тропер пытается сохранить автономию, «самозаконность» правовой сферы в ущерб исходным эмпиристским посылкам своей теории, что становится одной из мишеней для критики со стороны О. Пферсмманна.

Знание о праве. Несмотря на кажущуюся самоочевидность пандектистского выражения «законы регулируют поведение», наш поведенческий выбор определяют не законы, а наше понимание содержания, наше толкование текстов этих законов. Устанавливая значение правового текста, мы тем самым конструируем для себя правило поведения и ставим себе в обязанность следовать этому правилу. Но речь идет только о моральном самообязывании. Чтобы квалифицировать возникающее значение как правовое, необходимо, чтобы оно обязывало не самого субъекта толкования, а иных лиц. Это возможно только в системе властных отношений, где решение одного лица связывает свободу

³⁰ Ibid. P. 304.

³¹ «Можно сказать, что, согласно реалистической теории толкования, иерархия норм отражает иерархию властей» (Тропер М. Реалистическая теория толкования. С. 142). С этой точки зрения равными по силе оказываются правовые нормы, применяемые в судебных решениях, и индивидуальные нормы, создаваемые в этих решениях. М. Тропер утверждает, что с этой точки зрения конституция, законы и судебный акт, в которых эти «правовые тексты» получают истолкование, имеют равную юридическую силу. Иерархия существует только между органами аутентичного толкования, но не между толкуемыми текстами (Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 177–180).

поведения другого лица за счет имеющихся у первого лица властных ресурсов принуждения. Фактически М. Тропер присоединяется к тезису американских реалистов: право с точки зрения наблюдателя есть форма осуществления власти, а с точки зрения участника — предсказание возможного поведения правоприменителей.

Подобная деконструкция права может напомнить о радикализме постмодернистских авторов, которые отказывались рассматривать право как независимый инструмент регулирования поведения людей и не находили в праве ничего, кроме идеологического прикрытия фактических властных отношений. Казалось бы, схожую позицию занимает и М. Тропер, который сводит фактическое содержание правовых связей между людьми к властным отношениям и говорит об отсутствии в праве объективного содержания, независимого от содержания воли властвующих субъектов. Но броситься в бездну постмодернизма он не решает и пытается сохранить за правом значение независимого модального оператора человеческих взаимоотношений. На этом пути М. Троперу приходится сглаживать крайности тех исходных посылок, на которых он строит свою концепцию права.

Для М. Тропера юридическая свобода не означает свободы фактической, поскольку судья при толковании правового текста связан многочисленными сдержками (карьерного, институционального, идеологического, доктринального и иных порядков): «Речь идет об осуществлении акта воли, но такая воля не изолирована. Она ограничена волей других органов».³² Для того чтобы объяснить механизм определения возможного содержания актов толкования и, стало быть, свободу правоприменителей, Тропер разработывает теорию актов аргументативного понуждения. Ее предмет — изучение способа воспроизводства тех ограничений, которым подвержен автор акта аутентичного толкования при «юридической аргументации» в пользу принятого решения.³³ Это означает, что если для достижения определенной в праве цели нет другого средства, кроме того, которое либо связано с формой юридической аргументации, либо представляется по меньшей мере наилучшим в данном обществе, то для достижения наибольшего юридического эффекта от акта толкования интерпретатору следует принять такое средство на вооружение. Вполне вероятно, что интерпретатор не осознает действие такого аргументативного понуждения и не применит такое средство, но в таком случае он не достигнет своей цели либо достигнет ее с большими трудозатратами.³⁴

О. Пферсмманн демонстрирует, что эти рассуждения о праве основываются на двух рационально-прагматических допущениях, которые М. Тропер априорно вводит в свою концепцию. Во-первых, предполагается, что субъект права способен строить каузальную цепь между актами толкования, аргументативными сдержками и неблагоприятными последствиями, которые грозят субъекту в случае пренебрежения этими сдержками. Во-вторых, если субъекты более или менее единообразно следуют актам аутентичного толкования, то сама норма, согласно которой должно следовать акту аутентичного толкования,

³² *Troper M.* Pour une théorie juridique de l'État. P. 306.

³³ *Ibid.* P. 314.

³⁴ *Ibid.* P. 22.

обладает значением, независимым от субъективного мнения субъектов. А это приводит к тому, что О. Пферсманн называет «непреодолимыми трудностями» в методологических основаниях неореалистической теории толкования.

Заранее пытаясь нивелировать возражения общеметодологического плана, М. Тропер уходит от эссенциалистского спора о природе права. Он неоднократно подчеркивает, что его теория толкования касается отдельных вопросов теории права, но не претендует на статус метатеории, готовой дать ответы на все вопросы обо всех сторонах права. Поэтому вопрос о сущности «права вообще» М. Тропер обходит стороной, предпочитая говорить о праве в конкретной нормативной системе, в конкретной жизненной ситуации и применительно к конкретному поведенческому акту. При этом он решительно возражает против перенесения выводов, которые он делает применительно к вопросам толкования права, на всю область права в целом, ибо такой редукционизм бессмыслен, поскольку право, нормы, толкование суть объекты с разным эпистемологическим и онтологическим статусом.

В этом отношении стройный ряд аргументов, выдвигаемых О. Пферсманном против «антинаучного» характера реалистической теории толкования, разбивается об антиредукционистское возражение М. Тропера: неореализм не должен пониматься как независимая научная теория права; это — попытка применить к некоторым практическим вопросам теории права и конституционного права новые методологические установки и изучить те правовые явления, которые не находят своего объяснения в рамках традиционных экспликативных схем.³⁵ Но, как критически подмечает О. Пферсманн, и сама неореалистическая концепция претендует на статус научной теории, она также предлагает свою методологию исследования правовых явлений, причем М. Тропер не делает оговорки о том, что такая методология не претендует на универсальный характер.

С этой точки зрения, спор между О. Пферсманном и М. Тропером чем-то напоминает средневековые дебаты между универсалистами и реалистами. Для первого сфера права представляет «самозаконную» (термин Кельзена) область, некое исходное единство специфического объекта познания, которое обуславливает единство и независимость особой методологии исследования этого объекта. Для второго право не существует как единый объект познания — оно распадается на множество процессов (точнее, фактов); суждения о таких фактах всегда контекстуальны и поэтому не могут претендовать на универсальность. Для О. Пферсманна существует универсальный смысл правовых норм, который может быть обнаружен путем применения универсальных методов толкования и который может служить критерием верификации суждений о праве. Для М. Тропера смысл правовых текстов не является данностью, а представляет собой результат субъективных мыслительных операций, содержание каждой из которых уникально и связано с различными, всегда уникальными наборами фактов, оказавших влияние на процесс мышления правоприменителя в конкретной ситуации. В некоторой степени здесь сталкиваются классический

³⁵ Отсюда внимание М. Тропера к историческим примерам, частое обращение к конституционной истории Франции, США, Австрии и других стран и интерес к истории в целом. Ср.: *La dimension historique du constitutionalisme. Entretien avec le Prof. Michel Troper* // *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. N 7. Septiembre 2006.

и постклассический образы научного знания; несовпадение изначальных исследовательских установок (критериев истинности, верифицируемости, причинной связи) играет большую роль в развитии данного спора. Хотя описывать в целом спор между М. Тропером и О. Пферсманном как дискуссию о классическом и постклассическом подходах к научному знанию о праве было бы неверно. Первый не решается отказаться от ряда постулатов классической научной рациональности и, даже наоборот, ставит своей задачей сконструировать науку о праве по образу эмпирической науки. Второй не отрицает плюралистических методологических установок и возможностей многофакторного анализа правовой действительности.

М. Тропер делает негативные выводы относительно возможности «подлинно научного» (в смысле установок классической научной рациональности) знания о праве. Такого знания, по его убеждению, быть не может. Те претендующие на общезначимость высказывания о праве, на которых строится тот или иной правовой порядок (право есть справедливость, право есть система норм, норма есть правило поведения и т. п.), не являются научными положениями, которые могли бы быть доказаны при использовании строго научного инструментария (под таковым М. Тропер понимает методы эмпирических наук). М. Тропер призывает отказаться от идеологических мифов о праве, от описания права через высказывания юристов о праве в пользу реальной картины правового бытия, где действительность, юридическая сила, обязательность права измеряются в степени их фактической эффективности для данного правового порядка. Наука о праве призвана не оправдать этот правовой порядок, а изучать его таким, каким он предстает в тех реальных данностях, с которыми имеют дело юристы.³⁶

Среди этих данностей нет текстов законов, поскольку текст сам по себе не имеет правовой значимости до акта толкования, в котором будет выявлен его смысл. Как было показано выше, М. Тропер понимает толкование не как извлечение смысла, а именно как создание юридического значения текста. Если, скажем, в результате толкования интерпретатор придет к выводу о том, что данный текст уже давно утратил силу и более не определяет властно поведение людей, то рассматривать текст такого закона в качестве набора правовых норм мы не можем. И наоборот, если формально отмененный закон продолжает реально определять поведение людей и особенно решения правоприменительных органов, то у нас нет оснований отрицать за таким законом юридической силы в смысле силы, реально влияющей на представления субъектов права и органов толкования права и за счет этого связывающей их поведение.

Другой, более показательный пример — это ситуация, когда конституционный суд в мотивировочной части своего решения высказывает мнение о том, что некий закон является неконституционным, не делая такого вывода

³⁶ «Наука о праве в качестве научной дисциплины должна ограничить себя познанием своего объекта. Иными словами, она должна пытаться познавать лишь познаваемое. Ее действительным предметом является право как оно есть, а не каким оно должно быть. Оговорка о непознаваемости предполагает запрет любого изменения познаваемого предмета от имени науки, поскольку познать можно только то, что есть; это означает, что та доктрина, которая возьмется за описание должностования, будет повинна в самом тяжком виде мошенничества — она будет выдавать свои пожелания за результат научного исследования» (Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 35).

в резолютивной части решения. Будут ли правоприменители считать себя связанными позицией, выраженной в мотивировочной части решения конституционного суда, — это исключительно вопрос факта, т. е. прагматического расчета нижестоящих судей, которые примут или не примут во внимание мнение конституционных судей в зависимости от оценки возможности отмены их решения вышестоящим судом из-за расхождения с правовой позицией конституционных судей. Если нижестоящие судьи примут мнение судей конституционного суда в качестве руководства к действию и прекратят применять закон по причине его неконституционности (хотя бы действующие правовые нормы и не связывали правоприменителей правовыми позициями конституционного суда), то на языке неореалистической теории толкования это будет означать, что конституционный суд путем аутентичного истолкования правового текста определил его смысл. Эта ситуация с точки зрения эмпирической науки о праве ничем не отличается от той, когда конституционный суд прямо в резолютивной части решения объявляет закон неконституционным. В обоих случаях мы имеем один и тот же набор фактов: акт толкования, выявляющий значение текста закона, чувство связанности нижестоящих судей этим актом толкования, факт согласования поведения со значением, приданным конституционными судьями истолкованному правовому тексту. Различие лишь в характере мотивов — в первом случае судьи связаны прагматическими соображениями, во втором они могут считать себя связанными строгими нормативными правилами.³⁷ Но это различие мотивов М. Тропер считает второстепенным и незначимым для анализа механизма действия права.³⁸

Текстуальная неопределенность. Напомним о том, что ключевым для неореалистической модели толкования права является то, что правовой текст (закон и др.) изначально не несет никакого значения. Объективное значение отрицается по изложенным выше мотивам, а то субъективное значение, которое в закон вкладывали его авторы, не является обязывающим, юридически значимым и не связывает судью или любое другое лицо при толковании текста.³⁹ Законы могут оставаться мертворожденными, если не получают признания и применения (в терминологии М. Тропера — «истолкования») в том правовом порядке, для которого они были созданы. Такая мертворожденность означает, что текст закона объектом толкования так и не стал, и на его основе не были

³⁷ Однако и это не обязательно. Как убедительно показывает М. Тропер, конституционные суды могут легко прибегать к сверхконституционным принципам (не содержащимся даже в самой конституции) для толкования как обычных законов, так и самой конституции (Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции). Говоря об упомянутой работе в русском переводе, попутно отметим, что перевод термина «*supralégalité constitutionnelle*» как «верховенство конституции» выхолащивает основной смысл этой работы, посвященной проблематике именно сверхконституционных принципов, и явно ошибочен.

³⁸ См. об этом: Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. — См. также: Troper M. Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel // Mélanges Paul Amselek. Bruxelles, 2005. P. 751–768.

³⁹ Например, конституция рассматривается М. Тропером не как совокупность норм, а как, с одной стороны, совокупность субъективных значений (идеальный аспект), а с другой — фактическая система взаимных отношений органов власти (Тропер М. Pour une théorie juridique de l'État. P. 314).

созданы правовые нормы, т. е. определенные правила определенного должного поведения. Поэтому объектом знания для науки о праве такой текст выступать не будет.

Итак, правовые тексты являются неопределенными, их нормативное значение устанавливается только в результате их органического/аутентичного толкования. Следовательно, толкование есть свободный юридический акт, который может иметь любое содержание. Наука о праве не может определять направление толкования, поскольку именно толкование создает норму права. Единственное ограничение на правомочие толковать тексты — это то, которое распространяется на любую власть, т. е. фактические сдержки, создаваемые другими властями. Толкователь текста юридически свободен в том смысле, что нет никакого правила, которое навязывало бы ему выбор между допустимыми решениями при осуществлении акта толкования. Но даже если бы такое правило существовало в рамках некоего правового текста, этот текст нужно было бы истолковать, наделить значением.

По сравнению с постулатами социологической юриспруденции, оригинальность позиции М. Тропера заключается в тезисе о том, что определение значения некоего текста (наделение текста юридическим значением) происходит не в процессе реального правового общения субъектов, а при властном толковании текстов права. Нормы поведения не выводятся ни из фактических отношений, ни из наличной структуры социального бытия, ни из закономерностей развития общественной жизни. Нормы суть результаты мысленной реконструкции воображаемого смысла правовых текстов, т. е. того смысла, который проецируется интерпретатором на текст закона и который предполагается имманентным этому тексту. При этом собственно правовые нормы создаются не любыми лицами, а только теми органами, которые в данном правовом порядке могут связывать со своими решениями властное принуждение (юридические последствия) и решения которых не подлежат дальнейшему оспариванию (обладающие силой *res judicata*). В этом смысле особую значимость обретает вопрос о видах толкования:

Для М. Тропера и его сторонников правовая система общества зиждется не на заданных властными органами нормах и даже не на гипотетической основной норме, а на едином прочтении, понимании, толковании общих для данного общества текстов; иными словами, на актах толкования. Норма как таковая (как властное повеление, связывающее поведение человека с юридическими последствиями) появляется лишь после выявления смысла того или иного текста в процессе аутентичного толкования, т. е. такого толкования, которое считается в данном правовом порядке обязывающим других субъектов. Нельзя не заметить, что здесь М. Тропер гораздо ближе к английской концепции судебного прецедента, чем к строго дедуктивистской идее нормы права, являющейся канонической для континентального юриста.⁴⁰

⁴⁰ Это не в последнюю очередь может быть объяснено тем, что М. Тропер долгое время занимался исследованиями по истории американского конституционализма. Впрочем, по мнению французского теоретика, доктрина прецедента отнюдь не чужда и континентальным системам права, в частности Франции (ср.: Grzegorzczuk C., Troper M. Precedent in France // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. N. McCormick, R. S. Summers. Dartmouth, Aldershot, 1997. P. 103 ff.). В этом аспекте процесс нормотворчества

Эти тезисы с необходимостью ведут к выводам о несвязанности судьи нормами права и в целом независимости судей в рамках государственной машины.⁴¹ Ведь именно к такому признанию абсолютной судебской свободы, в принципе, приводит реалистическая теория М. Тропера, которая пытается придать новое направление сформированному правовой догматикой канону мышления юристов.⁴² Но, как показано выше, сам М. Тропер не рискует делать крайних выводов из своей теории, оставляя некоторые сдержки для судебного произвола. С одной стороны, это аргументативное понуждение, с другой — природа аутентичного толкования, результаты которого связывают других участников правового общения и упорядочивают это общение за счет придания значений правовым текстам.

М. Тропер соглашается, что с помощью методов семантики, логики, лингвистики можно обнаружить значение правового высказывания. Правоведы, юристы-практики, простые обыватели и любые другие люди могут рассуждать о смысле, характере, значении правовых норм. Мнения людей могут совпадать. Но даже если предположить гипотетическую ситуацию, когда все без исключения люди достигли бы согласия по вопросу о содержании той или иной нормы (такого в действительности, как уверен М. Тропер, быть не может), то и такое согласие не являлось бы доказательством текстуальной определенности и, стало быть, наличия нормы в этом тексте. Во-первых, такое значение «определяется» только в момент истолкования текста, а не раньше, а во-вторых, мнения отдельных лиц не могут выявить обязывающий других лиц (и в этом отношении юридический) смысл правовых установлений. В лучшем случае может образоваться психологическая связанность, где в своих представлениях одни участники правового общения будут чувствовать себя связанными чужими мнениями или же будут испытывать убежденность в самоочевидности значения текста, будут воспринимать сконструированное ими (или иными лицами) значение как объективное.

Аутентичное толкование. Эти субъективно выявленные «индивидуальные» смыслы не будут юридически обязывающими — таковыми они становятся, только если выявлены компетентными органами, осуществляющими властный выбор между множеством смыслов. Именно такое толкование — аутентичное в смысле, описанном в «Чистой теории права» Кельзена, — создает норму; до акта толкования существуют только высказывания, наделенные множеством

описывается в рамках не дедуктивной, а индуктивной модели — все право оказывается продуктом интеллектуальной реконструкции значения правовых текстов: «Поэтому акт аутентичного толкования есть операция по созданию права не только потому, что такой акт является частью процесса создания нижестоящей нормы, но и особенно потому, что этот акт определяет, создает или «воссоздает» вышестоящую норму» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 304*).

⁴¹ См. критику такого понимания процедурной независимости судей как творцов своей компетенции: *Brunet P. Michel Troper et la «théorie» générale de l'État. État général d'une théorie // Droits. 2003. N 37. P. 87 ff.*

⁴² См. критику такой позиции и ее защиту в дискуссии между Мишелем Тропером и Даниэлем Лошак: *Lochak D. La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme // Les usages sociaux du droit / Publications du CURAPP. Paris, 1989; Troper M. La doctrine et le positivisme (A propos d'un article de Daniele Lochak) // Ibid.; Lochak D. La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité // Théorie du droit et science / dir. P. Amselek. Paris, 1994; Troper M. Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité // Ibid.*

смыслов; создание нормы, по Троперу, означает не что иное, как определение юридического значения высказывания. Это и демонстрирует юридическая практика, где нередко ситуации, когда юристы обнаруживают различные, нередко противоречащие друг другу смыслы в одном и том же правовом тексте. Верным оказывается тот смысл, который выявлен органом (судом, религиозным авторитетом и т. п.), уполномоченным в данном порядке давать обязывающее других лиц толкование права; этот смысл будет той нормой, согласно которой в данном правовом порядке будет разрешен спор.

Рассуждения практикующих юристов (или ученых-правоведов) также могут быть обозначены как толкование; в терминологии М. Тропера — это «доктринальное толкование». Но результаты подобного толкования не способны ввести в правопорядок юридически значимые (обладающие обязывающей силой) значения. Такой возможностью наделены только те лица, которые осуществляют аутентичное толкование; доктринальное толкование создавать нормы права (в смысле реалистической школы) не способно, поскольку обнаруживает только частные мнения людей о праве. Поэтому акты доктринального толкования не будут иметь юридического значения (за исключением случаев, когда правовая доктрина сама рассматривается как источник права).

Аутентичным в данном контексте будет такое толкование, которое способно «производить юридические следствия в правовой системе» и которое не может быть преодолено актом толкования со стороны другого органа,⁴³ т. е. быть признанным в качестве юридически обязывающего. В качестве примера можно привести решения верховных судов, которые воспринимаются в качестве обязательных всеми (или большинством) участниками правового общения в данном социуме (правопорядке).⁴⁴ Значение (смысл) правовой нормы появляется в результате волеизъявления автора акта толкования — это предписание того, как должно себя вести в определенной ситуации. В данном аспекте аутентичное толкование права состоит в придании правовому тексту некоего значения, которое будет связывать другие органы при его применении. Речь идет не об индивидуальных нормах, которые в концепции Кельзена являлись конкретизацией общих норм на уровне правоприменения (например, судебные решения как индивидуальные нормы), а о создании общих норм. Как пишет М. Тропер,

⁴³ Смысл выражения «аутентичное толкование» здесь совершенно не соответствует тому, что под ним обычно понимается в отечественной правовой теории (толкование со стороны издавших нормы органов).

⁴⁴ М. Тропер так до конца и не объясняет, почему нормы права воспринимаются в качестве общеобязательных, как такое однообразное восприятие устанавливается и через что верифицируется. Это есть вопрос факта, априорно постулируемого в рамках эмпирической концепции. Недаром М. Тропер говорит: «Кажется, что если мы можем избежать Харибды — науки о праве, понимаемой как науки о должностовании, то только для того, чтобы попасть к Сцилле — эмпирической науке, лишенной всякой специфики и неотличимой от социологии» (*Troper M. Ross, Kelsen et la validité*. P. 57). Ученый видит выход из этой дилеммы в том, чтобы рассматривать некую норму как действительную, если она принадлежит к правовому порядку. Эта принадлежность устанавливается по тому особому значению, которым наделена данная норма; такое значение придается норме через акт аутентичного толкования (*ibid.*). Этот строй аргументов, в свою очередь, становится одним из объектов критики со стороны О. Пферсмманна за его циркулярность.

«необходимо утверждать, что аутентичное толкование является творцом не индивидуальных, а общих норм».⁴⁵

Здесь возникает теоретическая проблема первичного обоснования компетенции. С одной стороны, осуществляющий аутентичное толкование орган не является связанным законодательными правоположениями (правовыми высказываниями), поскольку они пока (до аутентичного толкования) не обладают юридически обязывающим значением; соответственно, данный орган может вкладывать в них любой смысл. С другой стороны, такой орган рассматривается как компетентный, уполномоченный на аутентичное толкование, а такое правомочие нельзя вывести иначе, как из нормы права, которая предшествует созданию и деятельности этого органа. Казалось бы, теория оказывается в порочном кругу доказывания, но здесь М. Тропер делает достаточно неординарный шаг: предлагает рассматривать все правовые положения, включая и те, которые формально служат основанием для создания властных органов, лишь как фактический материал для создания норм права авторами актов аутентичного толкования. Это означает, что властный орган сам создает правовые нормы, регламентирующие его компетенцию; изданные законодателем правоположения не могут обладать эксплицитным юридически обязывающим смыслом до того, как этот смысл не будет выявлен в акте аутентичного толкования.

Правоприменитель сам устанавливает свою компетенцию, будучи при этом ограничен только фактическим раскладом политических сил и институциональной системой правового порядка, но не связан какими-либо независимыми правовыми регламентами.⁴⁶ Здесь стоит повторить, что реалисты не отрицают того, что законодательные положения могут обладать моральным, семантическим, идеологическим и иным имплицитным значением, могут служить практическим руководством к деятельности властей и людей. Но такое значение будет иметь субъективный характер до авторитетного выявления правоприменительными органами, оно будет играть роль средства аргументативного понуждения, не создавая при этом никакой объективной нормативной связанности. Вслед за Кельзеном французский мыслитель считает, что правотворчество и правоприменение представляют собой один и тот же процесс. Однако в отличие от австрийского правоведа М. Тропер указывает на то, что соответствующие властные органы сами создают правовые нормы, определяющие их компетенцию, непосредственно в ходе толкования, а не выводят эту компетенцию из гипотетической основной нормы. До момента истолкования их компетенция не имеет правового основания и зиждется исключительно на правовой идеологии, которая облакает эти органы властью в глазах правового сообщества. М. Тропер приводит множество примеров из новейшей истории, когда революционное правительство путем толкования существующих правовых текстов (они отменяются только в редких случаях, в большинстве же случаев новое правительство подстраивается под существующую правовую систему) наделяет себя

⁴⁵ *Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État. P. 89.*

⁴⁶ Подробный разбор этой проблематики дан в одной из статей М. Тропера, перевод которой приводится ниже: *Troper M. Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste // Marbury v. Madison: 1803–2003. Un dialogue franco-américain. Paris, 2003. P. 215–228.*

правоприменительной компетенцией и начинает наделять правовые тексты новым значением.⁴⁷

Заключение. И сторонники, и критики реалистической теории толкования сходятся в признании оригинальности этой теории, которая бросает вызов тем самоочевидным истинам, на которых юристы привыкли строить понимание современного права. В традиционной перспективе юридической догматики право основывается не только на силе власти — порядки власти и права всегда различны, а их смешение несет угрозу устоям современной государственности (западного типа). В праве есть нечто большее силы, но ответ на вопрос о том, что отличает право от простого принуждения, неоднозначен. Спектр ответов весьма широк: от юснатурализма с его вечными и неизменными принципами правильного права до нормативизма с идеей чистого долженствования. Правовой порядок создается благодаря этим велениям (например, в гоббсовской доктрине это потребность в безопасности и порядке), которые образуют объективное содержание права, облакающееся затем в формы обычаев, законов и других источников права. Способы фиксации такого содержания различны, но само это содержание образует объективный критерий для оценки истинности или ложности тех высказываний (лингвистических конструкций), с помощью которых оно выражается. С этой точки зрения закон может противоречить конституции в том смысле, что закон искажает ее значение; судебные решения могут противоречить законам; мнения разных судебных инстанций могут противоречить друг другу. Решить такие противоречия можно путем обращения к велениям практического разума, которые толкователь может найти в самих правовых текстах.

М. Тропер пробует поставить под вопрос обоснованность первого и основного звена в этой цепи рассуждений: а есть ли некие веления практического разума, которые образуют объективное значение правовых текстов? Не являются ли правовые тексты просто лингвистическими высказываниями, которые наделены лишь тем субъективным смыслом, который в них вложили авторы? Выявление такого субъективного смысла может помочь нам понять те личные интересы, которыми руководствовались авторы законопроекта или судьи, принимающие решения, распознать те ценности и идеалы, которыми руководствовались законодатели и судьи, но никак не приблизит нас к пониманию того, что «говорит» само право.

⁴⁷ Другой излюбленный пример М. Тропера — толкование конституции разными политическими партиями в революционной Франции конца XVIII в., когда участники споров могли вкладывать совершенно разное значение в одни и те же положения конституции (например, о возможности судей рассматривать административные споры). То, какой вариант толкования конституции имел более сильное влияние на судей, определяло реальное содержание правоприменительных процессов, когда судьи либо отказывались от рассмотрения жалоб на администрацию, либо принимали их к рассмотрению (Troper M. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris, 1978). В своей более поздней работе М. Тропер убедительно раскрыл взаимосвязь между реальными политическими условиями и конституционными нововведениями Великой французской революции. Особенный акцент сделан на анализе самой политической ситуации с точки зрения теории актов аргументативного понуждения, на важности понимания не только исторической ситуации, но и того аргументативного контекста, в котором формировались те или иные концептуальные или нормативные нововведения (Troper M. *La Constitution de 1795: Terminer la Révolution*. Paris, 2006).

Это всегда будут индивидуальные, субъективные содержание, смысл, значение. Да, мы можем возвести это значение в ранг абсолютного, например, облечь рассуждения судьи Дж. Маршалла о необходимости конституционного контроля в форму «объективного содержания американского конституционализма», но от этого сущность подобных рассуждений никак не изменится. Судейское мнение останется судейским мнением, и М. Тропер уверен, что если бы политический расклад сил сложился иначе и возобладала бы позиция антифедералистов, противная отстаиваемой Дж. Маршаллом концепции конституционного контроля, то мы возвели бы в ранг «объективного содержания конституционализма» именно эту противную позицию. Подобное эмпирическое понимание правовых процессов есть единственно научное, реалистическое представление о праве и о механизмах его реализации. Все остальное — идеология, с помощью которой юристы обосновывают существующий правовой порядок, идеология, которая необходима для легитимации правового порядка и которая представляет собой один из инструментов юридического воздействия на общество (его правового регулирования). Это своего рода риторика, маскирующая фактическую власть правоприменителей, декларируя их в качестве «проводников» воли некоей высшей силы (народа, божества, традиции), легитимирующая их власть, но совершенно не способная научно объяснить реальные процессы применения права. Причем результатом таких риторических приемов будет не ограничение власти судей, а, наоборот, ее реальное расширение. Если толкование законов судьями декларируется как простое применение законов, смысл которых задан изначально и только дедуцируется судьями из общих норм, то судьям нет необходимости мотивировать свой выбор между различными значениями этой нормы, ведь для традиционной догматики права судья не выбирает значение, а лишь «обнаруживает» его.⁴⁸

Понимание «базовых» конституционных ценностей как продукта идеологии не означает отрицания таких ценностей; задачей правоведа является не критика, а описание реально существующих механизмов действия права, раскрытие тех реальных сдержек, которые могут ограничивать правоприменителя. Но описание не позволяет определить значение правовых текстов, поскольку такое значение не дано априорно; по меньшей мере, эмпирическая наука о праве не может допустить такого априорного значения. Отсюда и основной тезис М. Тропера: наука о праве не может установить значение правовых текстов; эту задачу может выполнить правовая доктрина, но выводы последней будут лишены объективности и будут представлять собой лишь субъективную интерпретацию, не имеющую ни научного, ни юридически-обязывающего характера.

Подобное видение права открывает неоднозначную перспективу для оценки правоприменительных процессов. С одной стороны, абсолютная свобода судей давать любое толкование (и тем самым придавать любое значение) правовым текстам ведет к судейской монополии на правотворчество.⁴⁹ С другой стороны,

⁴⁸ См. критику этих воззрений: *Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État. P. 163 ff.*

⁴⁹ Здесь нужно иметь в виду, что, во-первых, аутентичное толкование может осуществляться не только юрисдикционными, но и иными органами (например, президентом или полицейским); во-вторых, М. Тропер подчеркивает «коллективный характер» толкования

М. Тропер предлагает юристам посмотреть на процесс правотворчества и правоприменения с реалистических позиций. Такой взгляд сам по себе не поощряет судейский активизм, а лишь учит ценить важность индивидуального выбора, который так или иначе присутствует в любой правовой ситуации, но которым судьи могут пренебрегать, инертно следуя догмам. Иными словами, если судьи полностью свободны (с поправкой на руководящую роль актов «аутентичного толкования») при толковании права, то теория М. Тропера не оправдывает эту свободу, а лишь учит судей осознавать ее, нести за нее ответственность и реалистично понимать ее пределы (создаваемые системой «актов аргументативного понуждения» и фактически существующей институциональной системой общества).⁵⁰ Однако эта точка зрения, наряду с очевидными преимуществами,⁵¹ имеет и определенные недостатки методологического плана, которые становятся предметом предлагаемого вниманию читателей спора между О. Пферманном и М. Тропером.

в том смысле, что, оказывая взаимное влияние друг на друга, властные органы взаимно друг друга ограничивают в свободе толкования. В таком фактическом взаимоограничении и состоит смысл конституционализма (*Тропер М.* Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 180).

⁵⁰ См. недавнюю статью М. Тропера: *Troper M.* What Is Interpretation of the Law for the French Judge? // *Law And Philosophy Library*. 2011. N 95. P. 139–152.

⁵¹ Ср.: Антонов М. В. Толкование права как основной путь к изучению правовых институтов и явлений (на примере реалистской правовой теории М. Тропера) // Сравнительно-правовой анализ в исследованиях правовых институтов и явлений в отраслевом, страноведческом и временном аспектах. Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / под ред. Т. А. Алексеевой, А. В. Ильина. СПб., 2011. С. 63–73.