
М. Тропер*

Свобода толкования у конституционного судьи**

Признание теорией права дискреционной власти за судьями представляет огромную проблему для политической теории. Эта проблема связана с легитимностью такой судебной власти в демократической системе. Именно этот аспект объясняет накал споров о существовании дискреционной власти. Судейская власть не сводится только к полномочию на толкование, поскольку она проявляется также в выборе текста для обоснования решения, в оценке фактов, в определении суммы денежного возмещения или вида уголовного наказания, однако в нашей дискуссии мы будем говорить именно об интерпретационной власти судьи. Это особенно важно в вопросах конституционного контроля законов, поскольку здесь суды очень редко занимаются изучением вопросов факта или определением размера возмещения убытков.

Проблему судебной свободы можно свести к следующему вопросу: свободен ли судья давать толкование тем текстам, которые он должен применять? Такой способ рассмотрения вопроса (с использованием введенного Кельзеном весьма поучительного противопоставления двух типов теорий) стал классическим.¹ Сторонники одного типа теорий допускают, что любой текст обладает единственно «верным» значением, и судье остается раскрыть это значение с помощью соответствующих методов. Таким образом, толкование есть функция сознания, а результаты толкования могут быть истинными или ложными.² Сторонники другого типа теорий утверждают, что текст не обладает иным значением, кроме того, которое было определено судьей. Поэтому толкование есть исключительно функция воли.

Ж. Ведель предлагает нам вариант первого тезиса и приводит некоторые небесспорные аргументы. Прежде всего, он не считает приемлемыми оба названных выше тезиса в их карикатурной и наивной форме. Первый тезис (толкование как акт познания) содержит в себе внутреннее противоречие, поскольку

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

** *Troper M. La liberté d'interprétation du juge constitutionnel // Interprétation et droit / sous la dir. P. Amselek. Bruxelles, 1995.*

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

¹ *Kelsen H. Théorie pure du droit. Paris, 1962. P. 453. — Ср.: Troper M. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique // Revue internationale de philosophie. 1981. N 138. P. 518 (см. перевод в настоящем издании. — Прим. пер.).*

² *Dworkin R. No Right answer? // Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart. Oxford, 1977. P. 58; Michaut F. La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion? // Droits. 1989. N 9. P. 69.*

он основан на идее «истинного» смысла, который можно определить только через отсылку судьи к тексту. Второй тезис (толкование как волеизъявление) несостоятелен, поскольку не признает многочисленные сдержки судебной свободы, особенно те сдержки, которые сопряжены с грамматическими конструкциями и последующим контролем судебных решений.

Ведель также считает, что следует отказаться от аргументов, обычно выдвигаемых в защиту теории толкования как познания: эти аргументы основаны на ощущениях самих судей, которые чувствуют себя связанными в своей деятельности по толкованию текстов. Сторонники теории толкования как волеизъявления возражают им тем, что такое ощущение в действительности основано на иллюзии. Но оба варианта аргументации не могут пройти теста на фальсификацию и оказываются неприемлемыми.

С учетом этих положений Ведель придумал очень хитрый тезис об истинном значении теорий в правовой системе. Этот тезис он применил к проблеме толкования: теория может считаться истинной, если она необходима для обоснования юридической практики.³ Таким образом, теория толкования как познания будет «истинной» по остаточному принципу. Эта теория менее ложна, чем вторая, поскольку именно она обосновывает судебскую практику, которая необходимо зиждется на силлогическом мифе. «Социальная функция права и доверие к правовому порядку обеспечиваются намного лучше... тем судьей, который больше верит в наличие ограничений при осуществлении его миссии, по сравнению с судьей, который верит в то, что обладает максимальной свободой».

Такой ход доказательства требует некоторых комментариев. Со многими положениями этой теории необходимо согласиться, однако она нуждается в уточнении определенных нюансов. Подчеркнем, что аргументация Веделя ведет к существенно иным результатам, чем те, к которым он полагал прийти. Судья верит в то, что на его свободу выполнения судебской миссии налагаются существенные сдержки, и этот факт является аргументом скорее в пользу тезиса о толковании как волеизъявлении, чем в пользу противоположного тезиса.

(1) В дискуссии об истинности того или другого тезиса следует отказаться от аргументов, заимствованных из психологии судей, от их ощущений или ложных представлений. Это связано не только с тем, что данные аргументы противоречат друг другу и что их невозможно доказать. Впрочем, нельзя сказать, что они нейтрализуют друг друга, поскольку оба ряда аргументов являются разноплановыми. Если судья утверждает, что ощущает себя связанным, и если ему указывают на то, что он врет, то эти два аргумента нейтрализуют друг друга и не могут быть проверены. Но, к счастью, дискуссия очень редко ведется в этом плане. Как правильно пишет Ведель, на утверждение, констатирующее определенное ощущение судьи, возражают с помощью другого утверждения, согласно которому судья является жертвой иллюзии. Здесь два аргумента не противоречат друг другу. Эти две пропозиции не являются контрадикторными: тот, кто защищает тезис об иллюзии, не отрицает того, что судья испытывает

³ *Vedel G. Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l'homme // Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel / ed. T. Marshall. La Garenne-Colombes, 1992. P. 311.*

ощущение связанности. Сторонник второго тезиса утверждает только то, что данное ощущение не соответствует действительности. Тезис об ощущении судьи является непосредственно психологическим, но и тезис об иллюзии также является психологическим, хотя и косвенно, ибо он относится не к чувствам, а к окружающей действительности. Утверждение судьи истинно, если он испытывает то ощущение, о котором говорит. Тезис об иллюзии является истинным и в том случае, если судья действительно испытывает ощущение связанности и если в действительности судья обладает свободой, о которой и не догадывается. Следовательно, утверждение судьи недоказуемо, поскольку об испытываемых судьей ощущениях мы можем знать только по указаниям этого же самого судьи; тезис об иллюзии не может быть доказан или проверен через фальсификацию — этот тезис ложен в случае, если судья действительно связан, но истинен в обратном случае.

Если нужно отказаться от этих аргументов, то только по той причине, что ощущения судьи не дают никакого доказательства реальности его власти; нельзя определить, является ли данное ощущение основательным или иллюзорным, до того, как будет исследована действительность сама по себе.

(2) Теория толкования как познания, бесспорно, неприемлема. Против этой теории можно выдвинуть множество аргументов. Как напоминает Ведель, данная теория призывает искать предполагаемый «истинный» смысл текста при помощи нескольких методов, которые приводят к определенным результатам. Но это разноплановые результаты, и нет инструмента, который позволил бы сделать выбор между ними. Данная теория совместима с разными концепциями «смысла», поскольку смысл может быть редуцирован к намерению его авторов. Равным образом смысл может быть редуцирован к объективному смыслу самого текста, независимому от намерения авторов, но зависимому от значения слов в обыденном языке или в юридической терминологии, от социальной или политической функции текста либо от места этого текста в нормативной системе.⁴ Поскольку каждый из этих вариантов, в свою очередь, подвержен многочисленным интерпретациям, то кажется, что идея о единственном «истинном смысле» попросту лишена какой-либо значимости. Кроме того, теория толкования как познания приводит к регрессу в бесконечность. Если бы существовало «единственное значение», то акт толкования был бы истинным, если и только если он способен обнаружить данное значение. Но для того чтобы знать, способен ли этот акт толкования найти верное значение, следует знать это значение. А его можно узнать только через акт толкования, по отношению к которому нельзя говорить о его истинности до того, как он будет сопоставлен с другим актом толкования, и т. д. Но даже если бы существовал некий истинный смысл, и даже если было бы возможно достоверно установить этот смысл, теория толкования как познания все же оказалась бы неадекватной для описания реального функционирования правовой системы. Общая теория права вовсе не обязана знать, существует ли некий истинный смысл, может ли этот смысл быть познан судьей. Единственно важным вопросом для теории права является вопрос о юридической действительности. Применительно к толкованию

⁴ *Interpreting Statutes. A Comparative Study* / ed. R. S. Summers, N. McCormick. Dartmouth, 1991.

это означает, что теория права намерена исследовать те критерии, которые позволяют утверждать, что некий акт толкования юридически действителен, т. е. что он обязателен согласно праву. Итак, очевидно, что действительность такого акта зависит не от истинности акта толкования, а от условий его издания и возможностей его обжалования. Если акт толкования исходит от властного органа, прямо или косвенно уполномоченного на толкование, и если этот акт не может быть оспорен в другом властном органе, то такое толкование является обязательным и полностью встраивается в истолкованный текст, который впредь может применяться только в том смысле, который был выявлен в ходе толкования. И тогда утверждение, согласно которому некий акт толкования является истинным, не основано на истинном смысле; напротив, именно акт толкования, исходящий от правомочного органа, позволяет установить, какой смысл является истинным.

(3) Можно согласиться с выдвигаемым Веделем положением, согласно которому даже ложная теория может определять социальную практику. Особенно очевидно, что именно теория толкования как познания определяет роль конституционного судьи во Франции, поскольку в современной французской практике судья обосновывает свою легитимность только следующей простой идеей: он применяет текст Конституции независимо от того, имеет ли этот текст объективное значение и познаваемо ли такое значение. Напротив, легитимность конституционного судьи могла бы оказаться под вопросом, если предположить, что нет иного смысла, кроме того, который создается произвольными решениями. Особенно если такое предположение будет исходить от самого судьи.

При этом данное основание ни в коем случае не является необходимым. Есть иные системы, действующие на других основаниях. Да и в самой Франции теория, обосновывающая роль судьи в годы Революции, а затем уточняющая эту роль согласно Гражданскому кодексу, не зиждется исключительно на тезисе о толковании как познании. Основная идея этой теории совершенно иная: существует истинный и объективный смысл текста, доступный познанию, но нет никакой необходимости истолковывать данный смысл. Можно перечитать ст. 4 Гражданского кодекса, запрещающую судье отказывать в правосудии «под предлогом молчания, неясности или неполноты закона». Гражданский кодекс здесь воспринимает формализованную в 1790 г. традицию, согласно которой закон всегда ясен; это означает, что упоминание о неясности закона есть не что иное, как предлог. Участники Революции пришли к этой формулировке, поскольку считали, что толкование есть функция не познания, а, напротив, волеизъявления. По этой причине законодательный акт может исходить только от самого законодателя, но не от судьи.

Следовательно, судья должен не толковать, а применять закон в конкретных случаях. Если судья допускает «неправильное применение» закона, поскольку ошибочно считает, что закон применим к рассматриваемому делу, но вышестоящая инстанция отменяет его решение, то кассационный суд не дает при этом правильного толкования. Если гипотетически суд, в который передано дело, отказывается применять закон согласно указаниям кассационного суда, тогда возникает презумпция неясности закона и появляется необходимость толкования закона. Но судьи, очевидно, не обладают на это компетенцией, поэтому необходимо обратиться к законодателю. Роль судьи здесь основывается не на

теории толкования как познания, а, напротив, на теории толкования как волеизъявления.

Идея о том, что значение может быть познано вне рамок толкования, лежит в основании теории ясности законодательного акта. Эта теория накладывает свой отпечаток не только на Гражданский кодекс, но и на судебную практику Государственного совета, который может позволить судьям лишь немного, например, только то, чтобы административный судья не обращался к компетентному властному органу за толкованием того или иного международного договора. Именно идея ясности законодательного акта объясняет отсутствие дискуссий о толковании в судебной практике Конституционного совета. Теория толкования как познания, несомненно, является основой практики французских конституционных судей, но она не является единственной и не отражает всех традиций нашей правовой системы.

Впрочем, это основание очень подвижно — существуют и иные системы, где конституционный контроль строится на основе теорий, частично или полностью отличающихся от теории толкования как познания. Так, Кельзен отказывается от традиционного разделения правотворчества и правоприменения, поскольку невозможно создать норму, не опираясь при этом на другую норму, т. е. не применяя эту другую норму. Также и применение нормы (за исключением случаев, когда содержание акта правоприменения предписано актом материального права) всегда состоит в создании некоей новой нормы. Всегда есть место правотворчеству, и поэтому Кельзен считал (не присоединяясь при этом к реалистическим теориям), что толкование состоит в выборе одного из многочисленных смыслов. Для сохранения иерархического отношения как между конституцией и законом, так и между конституцией и решением конституционного суда Кельзен призывал к ограничению возможности выбора и тем самым к запрету конституционному суду осуществлять конституционный контроль законов применительно к оценке их соответствия декларациям или преамбулам, которые имеют слишком широкий смысл. Поскольку конституционный суд выражает некую волю, он реализует политическую функцию. По этой причине Кельзен призывал к тому, чтобы члены конституционного суда выбирались парламентом.⁵ Таким образом, институциональной основой конституционного суда является не тезис о толковании как познании, а тезис о толковании как волеизъявлении.

В теориях американских реалистов судья также осуществляет дискреционную власть, что особенно проявляется в его интерпретационной деятельности. Но легитимностью судью наделяет то, что он должен сознавать потребности общества и быть социальным инженером.⁶

Очевидно, что ни тот, ни другой тезис не могут считаться истинными в обычном смысле этого слова, но даже простого перечисления достаточно, чтобы

⁵ *Kelsen H.* 1) *La garantie juridictionnelle de la constitution* // *Revue du droit public et de la science politique*. 1928. N 35 [ср.: *Кельзен Г.* Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция). Ч. 1 // *Право и политика*. 2006. № 8. С. 5–14; Ч. 2 // Там же. № 9. С. 5–18. — *Прим. пер.*]; 2) *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* // *Die Justiz*. 1930–1931. N 11–12. Bd. VI. S. 576–628.

⁶ *Michaut F.* *L'école de la Sociological Jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie de la prédiction*. Paris, 1985.

показать, что миф о толковании как познании далек от того, чтобы быть единственной возможной основой юридической практики. Напротив, если согласиться с концепцией Веделя об «истинности» юридических теорий, то следует полагать, что и противоположные теории также могут быть «истинными».

(4) Но в действительности нет никаких причин принимать данную концепцию «истины», которая в реальности имеет двойственный характер.

С одной стороны, Ведель, кажется, намерен называть «истинным» тот тезис, который будет эффективным мифом для обоснования существующей социальной практики. Это приведет его к утверждению, согласно которому юснатуралистские теории, несомненно, были «истинными» в одних правовых системах, астрологические теории — в других. Но тогда совершенно неясно, какую пользу приносит такое употребление прилагательного «истинный» вместо прилагательного «эффективный».

С другой стороны, Ведель, кажется, намерен придать слову «истинный» смысл, близкий к обычному словоупотреблению, и теория толкования как познания будет «истинной», поскольку судья фактически ведет себя так, как будто он находит объективный смысл текста, которым этот судья считает себя связанным. Но данная позиция оказывается чрезвычайно хрупкой, поскольку так можно прийти и к утверждению, согласно которому эффективность того или иного тезиса как мифа будет возрастать в прямой пропорции к его ложности как высказывания. Например, если допустить в качестве чистой гипотезы, что судьи осуществляют важную дискреционную власть, то все же нужно будет признать, что существование и пределы такой власти зависят от возможности скрыть истинную сущность этой власти. Председатель Верховного Суда США Джон Маршалл писал: «Судебная власть не может существовать как отличная от власти законов. Суды суть инструменты права и сами по себе не могут ничего хотеть».⁷ Нужно ли говорить о том, что теория будет «истинной», когда она ложна, и «ложной», когда она истинна?

(5) Вместе с тем можно полагать, что тезис о толковании как познании есть не теория в собственном смысле этого слова, а лишь метатеория. Иными словами, в ракурсе рассматриваемого тезиса не будет утверждаться, что толкование есть функция познания; утверждается лишь то, что теория толкования как познания обосновывает юридическую практику. Такая позиция будет вполне приемлемой, но это будет очевидный шаг назад по сравнению с исходной точкой. Ведь речь изначально шла о том, какое из двух высказываний является истинным: (А) «Толкование есть акт познания» или (В) «Толкование есть акт волеизъявления».

Если преобразовать высказывание (А) в метатеорию, то мы получим два высказывания: (В) «Толкование есть акт волеизъявления», (С) право действует согласно верованию в то, что «толкование есть акт познания».

Таким образом, (В) и (С) не являются взаимоисключающими; высказывание (С) противоречит не (В), а другому высказыванию: (D) право действует согласно верованию в то, что «толкование есть акт волеизъявления».

Действительно, можно одновременно утверждать, что толкование есть акт волеизъявления и что судебная практика основана на веровании в то,

⁷ Цит. по: *Hayek F. A. von. The Constitution of Liberty. Chicago, 1960.*

что толкование есть акт познания. Впрочем, любая комбинация высказываний будет возможна, поскольку мы ведем дискуссию на двух разных уровнях. Можно допустить одновременную истинность либо высказываний (В) и (С), либо высказываний (А) и (D), либо высказываний (А) и (С), либо высказываний (В) и (D).

Напротив, если мы хотим оставаться на уровне теории права и определить, осуществляет ли судья дискреционную власть через толкование, то следует исследовать не верования или мифы, а саму правовую реальность. Истинность высказываний (А) и (В) должна быть обоснована не путем отсылки к верованиям, а иным способом.

(6) Вместе с тем можно полагать вслед за Веделем, что ни один из рассматриваемых тезисов не является удовлетворительным. Именно потому, что ни один из них не является истинным, Ведель предлагает обойти данную дилемму через тезис об эффективности. Все было бы хорошо, если бы он не рассматривал данный вопрос как неразрешимый.

Однако тот или иной вопрос может рассматриваться в качестве неразрешимого только тогда, когда нет возможности установить процедуру валидации (или фальсификации) тех или иных высказываний. Но такая возможность есть! Более того, мы располагаем для этого очень простым тестом. Те научные высказывания, которые утверждают существование некоего факта, нужно рассматривать как ложные, если соответствующий факт не существует, и как истинные, если этот факт существует. Также и те теоретико-правовые высказывания, которые утверждают существование некоей юридической практики и которые описывают характеристики этой практики, должны считаться истинными, если такая практика и соответствующие характеристики существуют. Для правовой нормы или для юридической практики существование означает не что иное, как действительность. Следовательно, вопрос о природе толкования должен ставиться иначе: является ли акт толкования действительным в силу своего содержания (например, если он раскрывает истинное значение текста) либо, наоборот, в силу того, что он исходит от компетентного органа (независимо от своего содержания)?

Совершенно очевидно, что толкование является действительным, если оно исходит от органа, правомочного на толкование. Именно при этом процессуальном и формальном условии правовой порядок устанавливает правовые последствия акта толкования независимо от содержания такого акта. Компетентный орган здесь должен и выразить свою волю, и выбрать для текста, являющегося предметом истолкования, то или иное значение. Можно пойти дальше и утверждать, что не существует иного «истинного» значения, кроме того, которое было выявлено компетентным органом. Если на самом деле пытаться противопоставить акту толкования, исходящему от компетентного органа, другой акт толкования, также называемый «истинным», то истинность последнего акта можно обосновывать только путем толкования со стороны частных лиц, которое будет возведено в ранг некоего стандарта.

На этом этапе дискуссии часто можно встретить возражение, согласно которому орган толкования (особенно если он действует в качестве судьи) связан многими сдерживающими факторами, за счет чего нельзя сказать, что

данный орган свободен и выражает свою волю.⁸ В действительности данный аргумент основывается на смешении свободы воли и свободы в юридическом смысле.

Когда мы говорим, что некий властный орган, орган правового порядка свободен, то отсюда, очевидно, следует, что этот орган исключен из-под действия закона причинности. Традиционная теория допускает, что если нет органов конституционного контроля, то законодатель волен принимать любые законы с любым содержанием; однако при этом признается, что при голосовании в парламенте его члены подвержены закону причинности и разного рода сдерживающим факторам. Свобода брака не означает, что выбор супруга не связан с теми или иными социальными или психологическими влияниями; речь идет о том, что любой выбор рассматривается правом как действительный. То, что здесь понимается под «свободой», не является описанием ситуации, свободной от закона причинности; речь идет только о «юридической» свободе. Властный орган будет юридически свободен, если он может сделать выбор между несколькими вариантами поведения, одинаково допустимыми согласно праву, даже если сам акт выбора всегда будет результатом действия закона причинности. Таким образом, свобода толкования означает только то, что если некий властный орган облечен полномочием давать аутентичное толкование, то любые акты толкования, данные этим органом, будут обладать одинаковой степенью действительности. Иными словами, эти акты толкования будут инкорпорированы в текст, являющийся объектом толкования, и повлекут за собой юридические последствия. И тогда речь идет об аутентичном толковании. Здесь мы совершенно не склонны утверждать, что поведение органа толкования не подвержено действию разного рода сдерживающих факторов. Обычно критики не упускают из вида данный момент, поскольку в упрек сформулированной американскими реалистами теории толкования как волеизъявления они ставят то, что ее авторы рассматривают судебное решение как производное от качества завтрака, который судья съел утром.

Пределы аргументации, касающейся сдерживающих факторов, четко обозначаются на примере деспотического режима, который, согласно определению Монтескье, является системой, где правят не по законам, а по капризам. Поэтому здесь деспот пользуется наибольшей юридической свободой. Но при этом деспот ограничен разного рода сдерживающими факторами, которые связаны с экономическим и финансовым положением страны, риском сопротивления со стороны подданных, плохим исполнением приказов подчиненными и т. д. Несомненно, принятое без учета этих сдерживающих факторов решение будет трудно реализовать. В то же время оно останется действительным.

Можно продолжить анализ. Реалистическая теория способна принять во внимание подчиненность толкования закону причинности именно потому, что она допускает юридическую свободу толкования. Напротив, та теория, которая признает, что толкование состоит в обнаружении смысла в тексте, может лишь

⁸ Данное возражение было сформулировано Веделем и Денисом де Бешийоном в опубликованной в «*Revue de la Recherche juridique*» дискуссии: *Troper M. A propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denis de Béchillon // Revue de la Recherche juridique. 1994. N 1. P. 267–274.*

искать то, что должен делать орган толкования, и не в состоянии объяснить, что фактически делает этот орган.

(7) Итак, остается объяснить два явления.

Судьи имеют возможность толковать по своей воле, но в то же самое время они с завидным постоянством выражают ощущение связанности. Такое постоянство не позволяет поставить под сомнение реальность этого ощущения, а утверждения, согласно которым судьи являются жертвами иллюзии, явно недостаточны, поскольку тогда нужно понять, что же является причиной такой всеобщей иллюзии.

Вместе с тем, если судьи не связаны значением текста, если это значение изначально задано и если судьи лишь выражают свою волю при толковании, то они могут изменять варианты толкования по своему капризу. Однако судебная практика кажется достаточно последовательной, и поэтому нельзя говорить о том, что судебные решения совершенно непредсказуемы.

Описанные выше явления можно связать с процессом обучения судей и с той идеологией, которую им прививают. Согласно этой идеологии функция суда заключается в применении права, а не в его создании. Можно также упомянуть, что лица, осуществляющие какую-либо властную роль, осознают, что они подчинены многочисленным сдерживающим факторам, связанным с фактическими условиями. Ни одно из объяснений не подходит.

Первое объяснение неудовлетворительно, поскольку норма, которая предписывает судье применять, а не создавать право, есть норма моральная, а не юридическая. Разумеется, в позитивном праве можно найти положения, которые непосредственно предписывают судьям ограничиться применением текстов. Но и сами эти положения перед их применением должны быть истолкованы. Также остается вопрос о том, кто же принуждает судей применять эти положения. То, что создает обязательство применять нормы данной правовой системы, может быть лишь внешней нормой по отношению к этой системе.

Однако судьи ощущают себя связанными не морально, а юридически. Вместе с тем, если речь действительно идет о некоей моральной обязанности, то она не ощущалась бы одинаково всеми судьями, которые, естественно, разделяют разные представления о нравственности. Впрочем, такая внешняя норма, очевидно, постоянно нарушалась бы, особенно в случае конфликта с другими моральными нормами. Наконец, норма, которая предписывает применять право, не имеет никакого особого содержания в том, что касается ее истолкования. Такая норма может предписывать истолкование текста согласно его «истинному» смыслу, но она не предписывает, как обнаруживать этот смысл. Если бы судья испытывал только ощущение связанности, то это ощущение отличалось бы от ощущения обязанности истолковать текст в том, а не в ином смысле.

Что касается идеи, согласно которой у судей есть просто осознание того, что они подчинены сдерживающим факторам, то данная идея не принимает во внимание ощущение связанности, о котором говорят судьи. В отличие от деспота, который может ощущать, что он подчинен фактическим сдерживающим факторам, но полагать, что не связан ими, судья не только считает, что некое его решение или акт толкования являются ненадлежащими, поскольку влекут неблагоприятные последствия, но и полагает, что именно право понуждает его решить дело так, как нужно.

Нужно всерьез считаться с тем, что право не содержит в себе таких обязательств, которые можно нарушить или которыми можно легко пренебречь, но которые в действительности (как мы видели) не существуют. Право также организует систему сдерживающих факторов, которую можно называть юридическим понуждением. Если данная гипотеза верна, то нужно признать, что наряду с фактическими сдержками, связанными с природой или с обществом, существует и понуждение, связанное с правовой системой и принуждающее субъектов права, наделенных правом выбора между широким спектром возможных поведенческих актов, сделать четко обозначенный выбор.

Разумеется, выражение «юридическое понуждение», как кажется, содержит в себе терминологическое противоречие, поскольку понуждение связано с законом причинности и происходит от сущего, а не от должного. Вместе с тем можно допустить существование двух типов понуждения, сравнимых с материальными сдерживающими факторами, вытекающими из правовой системы.

В узком смысле понуждение является результатом неких конститутивных правил, т. е. правил, которые не ограничиваются предписыванием поведения, но конституируют это поведение в этом смысле, что именно их соблюдение позволяет квалифицировать поведение так, а не иначе.⁹ Так, фраза «бракосочетание должно быть совершено должностным лицом гражданской службы» означает, что некая церемония, которая будет совершена не должностным лицом гражданской службы, а неким иным лицом, не будет бракосочетанием в юридическом смысле этого термина. Бракосочетание нельзя определить иначе как союз, заключенный в определенном порядке. Такого рода правила организуют действительное понуждение — в той степени, в которой они предстают как необходимые способы реализации определенной цели. Например, единственным способом вступить в брак является осуществление должностным лицом гражданской службы процедуры бракосочетания. Очевидно, что такое понуждение не основывается на интерпретационной деятельности. Также не существует и такого правила, соблюдение которого могло бы позволить квалифицировать некий акт как толкование права и тем более как правильное толкование. По меньшей мере, если бы такое правило и существовало, его нужно было бы истолковать.

Вместе с тем можно говорить о юридическом понуждении в широком смысле, например, когда нормы ставят индивида или орган в такую ситуацию, в которой следует действовать определенным образом для того, чтобы это действие было разумным и эффективным. Такая ситуация встречается прежде всего в рамках коллегиальных судебных органов, когда один из судей пытается убедить своих коллег. Но даже если такой судья полностью уверен в истинности реалистического тезиса, он, очевидно, не может утверждать, что судьи могут придать тексту любое значение, ведь тогда у него самого нет никакой причины предпочесть одно значение другому (за исключением аргумента сиюминутной выгоды). Следовательно, можно полагать, что существует объективное понуждение, которое заставляет прибегать к аргументам, вытекающим из истинности определенного текста.¹⁰

⁹ Searle J. R. *Les actes de langage*. Paris, 1972. P. 72 [ср.: Серль Дж. Р. Что такое речевой акт // Новое в зарубежной лингвистике. 1986. Вып. 17. С. 151. — Прим. пер.].

¹⁰ Meunier J. *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*. Paris, 1994.

Ситуация с понуждением в широком смысле встречается и тогда, когда нормы устанавливают отношения между властными органами так, что дискреционная власть одних органов служит мотивом для других органов отказаться от намерения злоупотреблять своей собственной дискреционной властью. Так, вся система разделения властей в том смысле, который в нее вкладывался в конституциях конца XVIII в., представляет собой идею действия норм, результатом которого будут «умеренные» (в смысле терминологии Монтескье) законодательство и практическая политика. Иными словами, сложится ситуация, когда палаты парламента будут воздерживаться от принятия ненужных законов по той причине, что на эти законы может быть наложено вето короля. Король не будет принимать решений вопреки законам, поскольку его министры откажутся контрассигновать такие решения. Точно так же и Президент Пятой Республики подумает, прежде чем истолковывать определенные обстоятельства как несущие серьезную и непосредственную опасность, если он осознает, что парламент может истолковать его поведение как содержащее признаки такого преступления, как «государственная измена». Понуждение здесь следует рассматривать в «широком» смысле, поскольку соответствующие юридические акты все же возможны (в отличие от брака в вышеприведенном примере). Эти акты вполне могут быть реализованы и могут быть квалифицированы согласно намерениям лиц, их совершающих. В случае голосования парламента за ненужный закон речь не идет о правонарушении, а королевское вето здесь не будет санкцией. Просто такое поведение не будет разумным. Вместе с тем лучше было бы принять некий компромиссный закон, чем остаться вообще без закона. По меньшей мере, таково было мнение государственников XVIII в.

Может также оказаться, что ситуации, вызванные системой действующих норм, приводят к смене поведенческой стратегии на более умеренную, но не для того, чтобы избежать негативных последствий, а для того, чтобы усилить свою власть. В этом случае парадокс только кажущийся; он связан с особым пониманием власти, превосходно проиллюстрированным в том описании, которое Монтескье дает деспотизму. В отличие от монархии, где правит один, но «через твердые и стабильные законы», деспотия представляет собой систему, где правит один, но по своему капризу и без помощи законов. Согласно Монтескье, власть деспота шире власти короля, поскольку деспот не ограничен законом и потому что для его правления не существует иного объекта, кроме «удовольствия повелевать».¹¹ Таким образом, все могущество деспота понимается чисто негативно, в оппозиции могуществу французского короля, который является *legibus solutus* (лат. изъятым от законов). Власть короля подобна божественной власти, что выражается в способности совершать чудеса, т. е. быть свободным от законов природы или же изменять их в любой момент.

В то же время, если давать дефиницию власти через позитивные признаки, такие как способность определять поведение другого, тогда властвующий усиливает власть не путем принятия решения согласно своим капризам, а,

¹¹ У Монтескье речь идет не о деспоте, а об обществе. Ср.: "Другой пример может нам представить Парагвай. То, что было сделано здесь, хотели вменить в преступление обществу, которое в удовольствии повелевать видит единственное благо жизни" (Монтескье Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 41). — Прим. пер.

напротив, издавая общие и стабильные правила, которые позволяют людям предвидеть последствия своих действий и делать выбор между возможными поведенческими актами так, чтобы извлечь из своих действий максимальную пользу. Изымая себя от действия законов, властитель предписывает особый порядок действий; подчиняя себя законам, он создает общий порядок действий.

Ничего не мешает Государственному совету или Кассационному суду придать любое значение любому тексту, поскольку любой акт толкования будет равным образом действительным. Но если эти органы будут действовать так, то, очевидно, нижестоящие суды и иные подчиненные их юрисдикции лица окажутся неспособными регулировать собственное поведение из-за невозможности предвидеть последствия своих действий.

В случае с конституционным судьей уже нет нижестоящих судебных инстанций, но остается законодатель, подчиненный юрисдикции конституционного суда. И здесь ряд произвольных актов толкования может привести к постановке вопроса о легитимности судьи, а также к тому, что судья потеряет возможность определять содержание будущего законодательства. Именно знание стабильной судебной практики позволяет законодателю делать рациональный расчет законности и, следовательно, допустимости своих действий. Под судебной практикой здесь следует понимать не только правила, которые вытекают из совокупности судебных решений, но и методы, концептуальные системы, которые позволяют прийти к таким решениям. Подчиненные юрисдикции высших судов лица и иные властные органы вправе надеяться, что смогут предвидеть судебные решения, если, применяя те же самые методы и понятия, они смогут понять те правила, которым они подчинены, и, таким образом, регулировать свое поведение.

Как говорит Ведель, система строится на веровании судьи в свою связанность. Но это верование никоим образом не является аргументом в пользу тезиса о толковании как познании. Скорее, наоборот, поскольку такое верование само по себе является результатом понуждения, которое давит на судью, за исключением случаев, когда судья считает себя свободным. Речь идет о понуждении, следующем из практической необходимости. Оно необходимо для того, чтобы воздействовать на поведение большого числа лиц, чтобы придать решениям судьи (особенно интерпретативным) большую стабильность. Именно такая практическая необходимость принуждает судью следовать своей собственной практике и своим собственным методам толкования. Судья волен поменять эту практику в любой момент, но это не в его интересах, поскольку, в конечном счете, власть судьи измеряется его умеренностью.