



УДК 340.124
ББК 67.1(4Фра)6-24

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННОГО ФРАНЦУЗСКОГО ПРАВОВОГО РЕАЛИЗМА

Слеженков Владимир Владимирович

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса
Волгоградского государственного университета
slezhenkov@yandex.ru, trofimov@volsu.ru
просп. Университетский, 100, 400062 г. Волгоград, Российская Федерация

Аннотация. Статья связана с анализом специфики взглядов на судебное правотворчество в контексте современной французской реалистической теории толкования. Автором рассмотрены предпосылки формирования данных идей, раскрыто их содержание, отмечены дискуссионные аспекты их сущности, показано теоретическое значение исследованных концепций. На основе проведенного анализа делается вывод о том, что фактическое признание правотворческой монополии суда сопровождается в реалистической теории попытками обоснования ее рациональной лимитации, акцентированием внимания на важности ответственности и индивидуального выбора правоприменителя.

Ключевые слова: правовой реализм, судебное правотворчество, толкование права, правоприменение, позитивизм.

Юридическая доктрина Франции характеризуется преимущественно отрицательным отношением к феномену судебного правотворчества вследствие как ряда общих тенденций, присущих политико-правовой мысли и практике государств романо-германской правовой семьи, так и особенностей развития национальной правовой системы. Традиционно зависимое положение суда в системе власти и длительный приоритет легицентризма предопределяли неизменно настороженное отношение большинства ученых разных поколений к нацеленным на расширение полномочий судебной власти инициативам. Тем не менее при формальном наличии в компетенции высших французских судебных инстанций (прежде всего квазисудебных Конституционного и Государственного советов, в меньшей степени – возглавляющего систему общей юрисдикции Кассационного суда) лишь некоторых составляющих судебного правотворче-

ства [2, с. 15] фактическая роль последнего не только выходит за нормативные рамки, но и стремится к возрастанию, что не может не вызывать дискуссий, имеющих значение для трансформации доктринального видения данной проблематики и за пределами Франции. В этой связи особенный интерес представляет изучение взглядов на судебное правотворчество, представленных в рамках реалистической теории толкования, разработанной в начале 80-х гг. XX в. и занявшей в политико-правовой мысли Франции доминирующее положение с точки зрения новизны и потенциала развиваемых идей.

Характеризуя французский правовой реализм (основатель – Мишель Тропер, другие основные представители – Э. Мийяр, Д. Руссо, П. Брюне и др.), необходимо прежде всего отметить как его существенное отличие от наиболее известных в мире реалистических правовых школ – американской и скандинав-

ской, так и то, что идейный базис рассматриваемой теории в значительной мере опирается на переосмысление нормативизма; но в целом она заявлена как позитивистская и учитывает соответствующее французское правовое наследие (в частности, идеи «Страсбургской школы», доктрины «административистов» 50–60-х гг. XX в.).

Все реалистические теории претендуют на описание правовой действительности, не сводимой к текстам или к прецедентам, рассматривают право как множество фактов и подчеркивают особую важность дискреционных полномочий суда, в связи с чем М. Троппер, несколько перефразируя классика американского реализма К. Ллевеллина, отмечает: «право есть не что иное, как то, о чем судьи говорят, что это есть право» [5, с. 181]. Однако французский реализм отличается отсутствием методологического синкретизма, формирования идеологических позиций, поиска аргументации закономерностей судебного правотворчества во внеправовых социальных фактах и закономерностях, стремясь к соблюдению идеала «свободы от ценностей» и конструированию правовой теории с помощью сугубо эмпирических методов.

В свою очередь близость реалистической теории к нормативизму опосредована приоритетным вниманием к динамическому аспекту иерархизированного правопорядка, поиском тождественных начал правотворчества и правоприменения, анализом норм в обязательном контексте, оценкой толкования как волеизъявительной деятельности. В то же время нормативисты трактуют право как особый модальный порядок должностования, обладающий объективной действительностью, независимой от воли акторов, тогда как сторонники реализма, разделяя область нормативного и фактического и относя право к последней, не признают объективного существования норм или ценностей, независимых от воли и представления людей, констатируя невозможность познания чего-либо, кроме выражения этих норм в языке [4, с. 275].

М. Троппер сводит сущность реализма к следующему: толкование есть акт волеизъявления, а не познания (так как не бывает толкования, противоречащего истинному смыслу, неопределимому иным путем; нет незави-

симого от замысла объективного значения акта); его объект – не нормы, а формулировки или факты; субъекты толкования наделены специфической властью; при этом иерархия юридической системы заключена в соотношении содержаний, значений и отражает иерархию властей [6, с. 8]. По мнению «реалистов», право существует лишь в той мере, в какой его смысл определяют аутентичные интерпретации, а поскольку они проводились всегда и в различных видах, стоит вести речь не о принципиальной дифференциации актов разного времени, а об изменении смысла, придаваемого толкованием.

В этой связи нормативистская трактовка возможности реализации судом дискреционных полномочий только в рамках определенных правил (Г. Кельзен), равно как и неопозитивистская, признающая такую компетенцию при рассмотрении сложных дел (Г. Харт), видится сторонникам реалистической теории неудовлетворительной [5, с. 180]. Недостаточно полной в данном контексте предстает и концепция Ш. Эйзенманна, согласно которой судебное правотворчество предопределено возможностью не только прямого, но и косвенного влияния детерминирующей нормы, предполагающего совместимость с учредительной волей действий, не предусмотренных ею в силу абстрактности [7, р. 30], что вызывает необходимость оценки пределов соответствия, преодоления пробелов, однако злоупотребление этим способно вести к отклонению от смысла комментируемого акта.

Согласно реалистической теории судья не связан объективно существующим правом: решая дела, он создает для них конкретные нормы, облакаемые юридической силой независимо от соответствия правовым текстам. Выявленный в результате толкования последних смысл образует правило, которое может обрести юридическую силу, то есть реальный эффект, способность связывать поведение других лиц, если они находятся в зависимости от органа, наделившего абстрактный текст реальным значением [1, с. 326].

Изложенное отличает возникновение индивидуальных норм, составляющих основу правопорядка, но существуют и общие нормы, выявляемые через аутентичное толкование (данному термину придается нетипичное зна-

чение: толкование, которое способно произвести юридические следствия в правовой системе и не может быть преодолено актом толкования другого органа). Предваряя возражения по поводу того, что правомочия нельзя вывести иначе, как из норм, предшествующих деятельности органов, М. Тропер предлагает рассматривать правовые положения как фактический материал для создания норм права авторами актов аутентичного толкования, отмечая, что до выявления их юридически обязывающего смысла в данных актах, последние таковым не обладают [1, с. 342]. Таким образом, у субъектов права не возникает прав и обязанностей до конструирования значений текстов; властные органы сами в ходе толкования создают нормы, определяющие их компетенцию, что ведет к отождествлению правотворчества и правоприменения.

Характеризуя процесс толкования, реалисты отмечают, что с нормативной точки зрения на судью влияют два фактора: вера в связанность его решений и поведения правом, принятыми в обществе моделями легитимации судебной власти и расчет на позицию вышестоящей инстанции. При этом прагматические, идеологические, институциональные сдержки субъекта толкования могут рассматриваться лишь как мотивы поведенческого выбора («аргументативное принуждение»). Соответственно единство правопорядка базируется на актах волеизъявления, относительное единообразие которых объясняется единством условий жизни конкретного общества, а также тем, что иерархия норм отражает иерархию властей (органов аутентичного толкования).

Особая ситуация возникает в сфере конституционной юстиции, где дискреционная свобода проявляется отчетливее, позволяя сторонникам реализма даже оперировать в целом имеющей во французской доктрине отрицательный оттенок категорией «правительство судей». Так, анализируя практику расширения полномочий Конституционного совета Франции, Д. Руссо и М. Тропер констатируют наличие не только тенденции к частичному приобретению судебной властью законодательной функции, неполной в силу того, что акт интерпретации может быть нивелирован новым толкованием, но и эволюции понимания демократии: от «процедурной» (подра-

мевающей формальную законность политических мер, принимаемых посредством процедур, основанных на идее представительства) к конституционной, «содержательной» (включающей аспект соблюдения базовых принципов права, в том числе неписаных, интерпретируемых юрисдикционными органами, а также фундаментальных прав и свобод) [10, р. 58]. Ученые, однако, характеризуют данные процессы взвешенно (в отличие от «Эксской школы» Л. Фаворе, упрекаемой реалистами в апологетике конституционной юстиции), видя в них и негативный аспект политизации права, релятивизации норм и институтов [9, р. 480]. Оспаривая распространенное во Франции объективистское понимание «автономии конституции», М. Тропер и Э. Мийар указывают, что цель конституционного контроля состоит в сокращении разрыва между требованиями формальной конституции, не способными выразить нормы в отрыве от содержательных решений, имеющих «последствия в рамках правопорядка», и нормотворчеством более низкого уровня, позволяя увеличить конституционализированную сферу [8].

Рамки настоящего исследования дают возможность отметить лишь наиболее общие черты критики реализма во французской политико-правовой мысли. Среди оппонентов рассматриваемой теории необходимо особо выделить позиции сторонников «Эксской школы конституционализма» (акцентирующих возражения на сложности объективного выявления права и статуса его субъектов, в частности, самих же правоприменительных органов, при «реалистическом» понимании нормативности, субъективизации государственной деятельности), а также представителя нормативизма О. Пферсмманна, чья полемика с М. Тропером выступает одной из центральных во французской правовой теории. В числе критических доводов О. Пферсмманна – указание на необоснованное игнорирование нормативности, представляющей наряду с фактичностью особый порядок права [3, с. 234], констатация невозможности действия правовых регуляторов вне рамок общих правил поведения и правовых высказываний, с помощью которых они транслируются, опасность смешения права и политики, правопорядка и

принуждения при понимании права как инструмента психологической мотивации, расплывчатость конструкции «аргументативного принуждения».

Обобщая приведенные критические позиции и подводя итог изложенному, следует признать, что реалистическая теория, безусловно, не свободна от уязвимых аспектов. Ее постулирование как сугубо эмпирической предопределяет объективную ограниченность и предметного поля, и методологии, отсутствие претензий на целостное, сущностное описание права, что с учетом радикализма отдельных положений в ряде случаев влечет вынужденное включение в описательный аппарат допущений априорного характера. Кроме того, во многом дискуссионность правового реализма обусловлена теоретической оригинальностью, нетипичностью и относительной новизной для французской политико-правовой мысли. В контексте рассматриваемой проблематики это вызывает неприятие фактического уравнивания «реалистами» положения интерпретатора и законодателя, расцениваемого как оправдание несвязанности правоприменителей требованиями действующего права.

Однако стоит указать и то, что представители французского правового реализма далеко не однозначно определяют некоторые далеко идущие теоретические следствия своих изысканий, примером чему служит прежде всего осторожная оценка перспектив усиления судебной власти, стремление сохранить объективность при анализе оснований ее рациональной лимитации, учесть риски ее потенциальной конфликтности с началами демократии, подверженности «непрямым обязательствам» (в том числе политическим, способным иметь негативную природу), противоречий в нормативной системе и судебной практике, судебном толковании и тексте. В этой связи представляется важным подчеркнуть, что фактическое признание правотворческой монополии суда сопровождается в реалистической теории попытками возможно более полного обоснования важности ответственности, индивидуального выбора правоприменителя, а не инертного следования догматичному пониманию норм, смысл которых задан изначально и не нуждается в мотивации разрешения дилеммы между различными значениями.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Антонов, М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании / М. В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 321–345.
2. Оськина, И. Судебное правотворчество во Франции / И. Оськина, А. Лупу // Юрист : [электрон. журн.]. – 2013. – № 7. – С. 15.
3. Пфферсманн, О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / О. Пфферсманн // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 218–272.
4. Тропер, М. Ответ Отто Пфферсманну / М. Тропер // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 273–291.
5. Тропер, М. Право и его интерпретации. Предисловие к русскому изданию / М. Тропер // Российский ежегодник теории права. – 2011. – № 4. – С. 180–183.
6. Тропер, М. Реалистическая теория толкования / М. Тропер // Российский юридический журнал. – 2006. – № 2. – С. 7–19.
7. Eisenmann, C. Le droit administratif et le principe de légalité / C. Eisenmann // Études et Documents du Conseil d'État. – 1957. – № 11. – P. 25–40.
8. Millard, E. L'Etat de Droit, Idéologie Contemporaine de la démocratie / E. Millard // Question de démocratie / J. M. Février, P. Cabanel (ed.), 2001. – Electronic text data. – Mode of access: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/109/art/art4.pdf>. – Title from screen.
9. Rousseau, D. Droit du contentieux constitutionnel / D. Rousseau. – 6^{me} ed. – Paris : Montchrestien, 2001. – 507 p.
10. Troper, M. Existe-t-il un concept de gouvernement des juges? / M. Troper // Brondel, S. Gouvernement des juges et démocratie / S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling. – Paris : Publ. de la Sorbonne, 2001. – 373 p.

REFERENCES

1. Antonov M.V. Sovremennaya teoriya prava vo Frantsii: realisticheskiy podkhod k pravu v kontseptsii Mishelya Tropera i spor o neorealizme v tolkovanii [The Modern Legal Theory in France: Realistic Approach to Law in the Conception of Michel Troper and Debates on Neorealism in Interpretation]. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2011, no. 4, pp. 321-345.
2. Oskina I., Lupu A. *Sudebnoe pravotvorchestvo vo Frantsii* [The Judicial Lawmaking in France]. *Yurist. Elektronnyy zhurnal*, 2013, no. 7, 15 p.

3. Pfersmann O. Protiv juridicheskogo neorealizma. Po povodu spora o tolkovanii [Against the Juridical Neorealism]. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2011, no. 4, pp. 218-272.

4. Troper M. Otvet Otto Pfersmannu [The Answer to Otto Pfersmann]. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2011, no. 4, pp. 273-291.

5. Troper M. Pravo i ego interpretatsii. Predislovie k russkomu izdaniyu [The Law and Its Interpretations. The Foreword to the Russian Edition]. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava*, 2011, no. 4, pp. 180-183.

6. Troper M. Realisticheskaya teoriya tolkovaniya [The Realistic Theory of Interpretation]. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*, 2006, no. 2, pp. 7-19.

7. Eisenmann C. Le droit administratif et le principe de légalité [Administrative Law and Principle

of Equality]. *Études et Documents du Conseil d'État* [Studies and Documents of State Council], 1957, no. 11, pp. 25-40.

8. Millard E. L'Etat de Droit, Idéologie Contemporaine de la démocratie [State of Law, Contemporary Ideology of Democracy]. J. M. Février, P. Cabanel (eds.). *Question de démocratie* [Democracy Issue]. 2001. Available at: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/109/art/art4.pdf>.

9. Rousseau D. *Droit du contentieux constitutionnel* [The Law of Constitutional Court Proceedings]. 6th ed. Paris, Montchrestien, 2001. 507 p.

10. Troper M. Existe-t-il un concept de gouvernement des juges? [Is There a Concept of Judge Government?]. Brondel S., Foulquier N., Heuschling L. (eds.). *Gouvernement des juges et démocratie* [The Government of Judges and Democracy]. Paris, Publication de la Sorbonne, 2001. 373 p.

THEORETICAL MODEL OF JUDICIAL LAWMAKING IN THE CONTEXT OF MODERN FRENCH LEGAL REALISM

Slezhenkov Vladimir Vladimirovich

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Department of Civil and Arbitration Proceeding,
Volgograd State University
slezhenkov@yandex.ru, trofimov@volsu.ru
Prosp. Universitetskiy, 100, 400062 Volgograd, Russian Federation

Abstract. The article is related to the analysis of the specifics of views on the judicial lawmaking in a context of contemporary French realist theory of interpretation, which is atypical for both national and continental legal tradition. The research emphasizes the multidimensional nature of this theory, the presence of its connection with both the French neopositivists and normativists conceptions, as well as with foreign legal realism. The author studies the views of the French legal realism representatives concerning the phenomenon of judicial lawmaking in general, as well as the features of the detection and creation of norms in the process of the legal interpretation and the specifics of its implementation in the field of constitutional justice. On the basis of the analysis results the author concludes that actual recognition of court lawmaking monopoly in the realistic theory is accompanied by the attempts to justify its rational limitation, to emphasize the importance of responsibility and individual choice of law enforcer.

Key words: legal realism, judicial lawmaking, interpretation of law, application of law, positivism.