

Реализм и судья Конституционного суда**

В статье анализируются особенности деятельности судей Конституционного суда, которые позволяют называть их реалистами. Автор исходит из того, что словом «реализм» может обозначаться либо одно из направлений общей теории права, либо тип поведения, либо онтология права. По его мнению, эти значения соответствуют трем различным типам языка. Поскольку они логически не взаимосвязаны между собой, судья Конституционного суда может быть реалистом с одной точки зрения и не быть им – с другой. Кроме того, реалистическая правовая теория допускает существование лишь эмпирических фактов и объявляет универсалии фикциями, поэтому онтологический реализм и реализм как правовая теория несовместимы. Выбор нормы права, применяемой судьей, зависит от эпистемологических предпосылок, аналогичных предпосылкам, находящимся в основании познания права. На примерах из практики Конституционного совета Франции автор рассматривает вопрос о возможности судьи быть реалистом. В результате он приходит к выводу о том, что провозглашение себя реалистом позволяет судье Конституционного суда повысить уровень легитимности и приводит к усилению его дискреционной власти в политической и правовой системах современного демократического общества.

Ключевые слова: судья; конституционный контроль; реализм; суждение; позитивизм; юснатурализм; толкование; ценности; власть; легитимность.

Разумно ли хвалить судей за их реализм? Прежде чем ответить на этот вопрос и определить, было бы хорошо или плохо, если бы судьи были реалистами, важно установить, способны ли они быть таковыми и каким образом.

Известно несколько значений слова «реализм». Оно может обозначать либо одно из направлений общей теории права, либо какой-то тип поведения, либо некую онтологию.

В первом из указанных значений этого слова, если к нему добавляется прилагательное «юридический», реализм представляет собой направление в общей теории права, определяемое в качестве отношения, или, как сказал бы Боббио, подхода, заключающегося в намерении описать право таким, каким оно является «реально». Таким, какое оно есть, а не таким, каким оно должно быть согласно той или иной моральной либо политической философии. В этом смысле реализм сближается с юридическим позитивизмом, который, не обязательно отрицая существование естественного права, утверждает, что его не всегда можно описать так, как описывается действующее, т. е. позитивное, право.

Подобно другим направлениям позитивизма, реализм четко различает правовую науку и ее объект. При этом подразумевается, что объект должен рассматриваться как объективная реальность и описываться посредством высказываний, способных быть истинными или ложными. Кроме того, правовая наука должна

* Мишель Тропер, доктор права, почетный профессор Университета Париж X – Нантер (Франция), член Университетского института Франции.

** Troper M. Le réalisme et le juge constitutionnel [Electronic resource] // Cahier du Conseil constitutionnel n° 22 (Dossier: Le réalisme en droit constitutionnel) – juin 2007. – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel.50707.html>.

Перевод с французского языка осуществил канд. юрид. наук, завкафедрой истории государства и права Самарской государственной областной академии (Наяновой) В. А. Токарев (basiletok@gmail.com).

быть свободной от любых требований и ценностных суждений. Но реализм отличается от других направлений позитивизма, когда заявляет о своем понимании права в качестве эмпирического объекта, а не совокупности идеальных сущностей, наделенных обязательной силой. Такой объект формируется посредством волеизъявлений, особенно наглядно выраженных в решениях суда. Следовательно, речь идет о психосоциальных феноменах. Важно подчеркнуть, что, хотя концепции эмпирического объекта различаются в зависимости от направлений реализма, в рассматриваемом здесь значении реализм является эпистемологией.

Юридический реализм является также совокупностью утверждений о природе или способе функционирования права. Например, «реалистическим» называют такое утверждение, согласно которому правомерность судебных решений не зависит от их соответствия логике или идее интерпретации как функции воли, а не сознания¹.

Во втором значении, когда это слово используется без прилагательного «юридический», под «реализмом» понимается философское утверждение в духе платонизма об объективном существовании универсалий.

Наконец, «реалистичным» в разговорном языке, а не языке правовой теории называют поведение, которое заключается в том, чтобы действовать, отдавая предпочтение реалиям перед абстрактными принципами.

Очевидно, что эти три значения соответствуют трем различным типам языка, и между ними нет логической связи, поэтому можно быть реалистом с одной точки зрения и не быть им с другой. Более того, реализм, как правовая теория, и онтологический реализм несовместимы, поскольку реалистическая правовая теория допускает существование лишь эмпирических фактов, тогда как универсалии она объявляет простыми фикциями.

Является ли судья Конституционного суда реалистом в каком-либо из трех значений этого слова?

I. Судья Конституционного суда и реалистическая теория права

Можно было бы сразу отказаться от попытки представить реалистом судью Конституционного суда, как и любого судью, в рассматриваемом здесь значении этого слова. Если определять реализм как теоретический подход, то каким же образом судья, который является не теоретиком, а практиком, т. е. объектом теории, мог бы быть реалистом?

Однако можно представить несколько аргументов в пользу того, что реализация судебной функции, хотя и связанная с практикой, а не с теорией, предполагает, тем не менее, некоторые теоретические концепции. Очевидно, что практика, образующая объект правовой науки, не настолько радикально отделена от нее, как объекты других социальных наук отделены от тех дисциплин, которые их описывают. Можно изучать социальную группу, не принимая во внимание те социологические теории, которых придерживаются члены данной группы, или их концепции социологии. Напротив, в процессе формирования судей важную роль играют эксплицитные или имплицитные представления о праве, правовой науке или о функции суждения. Более того, эти представления образуют основу самой юридической системы. Например, можно построить юридическую систему на идее о том, что роль судьи заключается в механическом применении установленного правила, или, наоборот, – на идее о том, что судье надлежит искать в каждом конкретном случае наиболее справедливое решение.

Однако даже концепция механического применения правила судьей не решает проблему идентификации правила, подлежащего применению, так как механиче-

¹ Millard E. Article «réalisme» / Alland D. & Rials S. (sous la dir.). Dictionnaire de la culture juridique. – Paris : PUF, coll. «Quadrige», 2003.

ски можно применять моральную норму, но не норму, создаваемую законодателем. Выбор большей посылки, или, если угодно, идентификация подлежащей применению нормы, не осуществляется при помощи того же метода, благодаря которому судья оказывается ближе к позитивизму или юснатурализму в конкретной юридической системе. Это утверждение также справедливо и в отношении выбора метода толкования текста, признанного устанавливающим норму, принимаемую судьей.

Между тем обыденный язык описывает судью-«позитивиста» как того, кто ограничивается применением текстов, принятых компетентным органом власти, при этом не исключая ни одного из них и не обосновывая свой выбор среди нескольких текстов какими-либо моральными соображениями. Судью-юснатуралиста обыденный язык описывает как того, кто, напротив, отвергает какой-то текст или выбирает между несколькими текстами, руководствуясь моральными соображениями. «Добрый судья» Мано² и нацистский судья возведены в типы судьи-юснатуралиста и судьи-позитивиста соответственно.

Выбор судьей нормы, применяемой им в процессе принятия решения по делу, зависит от эпистемологических предпосылок, которые аналогичны находящимся в основании познания права. Поэтому вопрос о том, может ли судья придерживаться какой-либо правовой теории, вовсе не лишен смысла. Однако отсюда не следует, что судья может придерживаться любой правовой теории. Вопрос о его возможности быть реалистом необходимо рассмотреть также посредством различения, предварительно проведенного в рамках реалистической теории между эпистемологическим измерением и правовой теорией в собственном смысле слова.

А. Реалистический подход

Реалистический подход вытекает из юридического позитивизма, поскольку, как мы отметили выше, он предполагает намерение создавать науку, отличную от ее объекта, отказ от предписывания и определенный способ идентификации правовых правил. Очевидно, что в той мере, в какой роль судьи не сводится к производству научного продукта, первые два момента его не касаются. Относительно третьего справедливо утверждение, согласно которому судья может успешно идентифицировать правила, как это делает юридическая наука, вдохновленная позитивизмом, т. е. обращаясь к тому, что Рональд Дворкин называет «тестом на происхождение».

Под ним понимается исследование текста, содержащего правило, с точки зрения его создания компетентным органом власти в соответствии с определенной процедурой. Так, можно смело назвать французского судью «позитивистом», если он применяет правила, которые приняты Парламентом в форме закона, в соответствии с процедурой, установленной Конституцией, или судью Конституционного суда, если он применяет правила, принятые в конституционно-правовой форме.

Тем не менее именно благодаря этой третьей особенности позитивизма реализм отличается от других его направлений. Позитивисты полагают, что конституанта или законодатель, на самом деле, не являются компетентными органами

² Поль Мано (1848–1926) – французский судья и политический деятель. В 1898 г. он оправдал молодую мать-одиночку, которая обвинялась в краже хлеба из булочной, мотивируя свое решение тем, что подсудимая действовала в состоянии крайней необходимости, поскольку она голодала несколько дней. Его толкование положений ст. 64 Уголовного кодекса впоследствии подтвердил апелляционный суд Амьена, а в 1994 г. понятие «состояние крайней необходимости» получило официальное признание законодателя. Кроме того, П. Мано возместил булочнику стоимость украденного хлеба. Этому судебному процессу были посвящены первые полосы парижских газет, и с легкой руки Ж. Клемансо за П. Мано навсегда закрепилось прозвище «добрый судья». – *Прим. пер.*

власти, устанавливающими правила, в отличие от судьи, – отсюда известная максима «все право создано судьей»³.

Она подразумевает, что юридическая наука должна определять не то, какое правило является применимым, а то, какое правило создаст суд. Науке следует поставить себя на место «плохого человека», который интересуется вместо своих обязанностей возможными последствиями своих действий, т. е. предпринять попытку предсказать решения судей. Согласно формуле одного из основоположников американского реализма Оливера Уэнделла Холмса, «то, что я называю правом, это предсказание того, как будут действовать суды, и ничего более претенциозного»⁴. Но очевидно, что эту максиму вряд ли одобрит сам судья, поскольку он не решится признать конституционными только те нормы, которые он сам мог бы создать.

Поэтому теоретика, придерживающегося реалистического направления теории права, если он становится судьей, можно назвать реалистом только в каком-то другом смысле этого слова. Так, в начале Французской революции министерского якобинца считали не способным однажды стать якобинским министром. Индивид может, свободно комментируя решения суда, членом которого он является, рассуждать реалистически, но суд не может ни быть реалистом, ни заявлять, что он сам создает применяемое им правило.

Б. Реалистическая теория права

Юридический реализм включает в себя два основных направления: американский реализм и скандинавский реализм. Они по-разному подходят к решению многих вопросов, но общей у них является, как минимум, теория юридического толкования. Согласно ее положениям, грубо резюмируя, если толкование дается компетентным органом власти, которым, впрочем, не обязательно является суд, и его решения не подлежат обжалованию, то оно заставляет признать себя и порождает определенные последствия в правовой системе. При этом содержание толкования не имеет значения, и оно может противоречить здравому смыслу, намерениям автора толкуемого текста или правилам обыденного языка.

Отсюда следует несколько важных выводов. Прежде всего, толкование является функцией воли, а не сознания, поскольку смысл текста представляет собой продукт предписания. Сам текст не имеет никакого смысла, который предшествовал бы толкованию и мог быть раскрытым. Наконец, если норма определяется как прескриптивное значение текста, то настоящим ее автором следует признать толкователя текста.

Применительно к судье Конституционного суда рассматриваемая нами теория дает основания для утверждения о том, что у Конституции нет иного смысла, кроме того, который устанавливается судьей. По меткому замечанию О. У. Холмса, «Конституция означает то, что сказал о ее значении судья»⁵. Следовательно, судья Конституционного суда был бы подлинным автором конституционно-правовой нормы.

Более того, он может основывать суждение о конституционности на двойном толковании — касающемся конституционного текста и связанном с законом, обладающим меньшей юридической силой. Поэтому он становится соучредителем и со-законодателем. Невозможно и бесполезно вдаваться в детали такой аргумента-

³ “All the law is judge-made law”. – *Прим. авт.*

⁴ “The prophecy of what the courts will do in fact and nothing more pretentious is what I mean by the Law”. Цит. по: Kelsen H. *General Theory of Law and State*. – New York: Russell & Russell, 1945, rééd. 1961, фр. перевод, выполненный по американскому изданию: *Théorie générale du droit et de l'État*. – Paris : LGDJ, 1997. – P. 166.

⁵ “The constitution means what the judge says it means”. – *Прим. авт.*

ции и определять правильность этих утверждений. Здесь достаточно привести их для того, чтобы констатировать, насколько сложно судье Конституционного суда соответствовать им.

Напротив, практическая деятельность судей основывается на теории «толкования-познания», поскольку она исходит из силлогистического мифа. Это отлично понимал Жорж Ведель: «Социальная функция права и авторитет правового порядка в значительно большей степени обеспечиваются тем судьей, который предполагает, будто реализация им своей миссии имеет существенные ограничения, чем тем, который уверен в своей максимальной свободе»⁶. Отсюда не следует, что теория силлогизма является истинной, так как даже ложная теория может служить основанием для социальной практики. Отсюда следует только то, что в современной французской юриспруденции легитимность судьи обоснована несколькими простыми идеями. А именно: он применяет конституционный текст; данный текст обладает объективным смыслом; этот смысл можно установить. И наоборот, его легитимность будет поставлена под сомнение, если предположить – особенно, когда судья сам это предполагает, – что устанавливаемый им смысл представляет собой результат произвольного решения.

Итак, необходимо, чтобы судья поверил, или сделал вид, что поверил, или был вынужден поверить в ограниченность своих действий применением существующего права. Такую функциональную необходимость прекрасно иллюстрирует анекдот, непосредственно связанный с Оливером Уэнделлом Холмсом, сменившим университетскую кафедру на мантию судьи. Однажды, выходя вместе с ним из ресторана, судья Лернед Хэнд бросил ему вслед: «Восстанавливайте справедливость, господин Холмс, восстанавливайте справедливость». На что тот ответил: «Это не моя задача. Моя задача — применять право»⁷. Он перестал быть реалистом.

Тем не менее можно попытаться рассмотреть некоторые недавние решения Конституционного совета в качестве признаков согласия с теорией «толкования-воли».

Речь идет о тех решениях, которыми судья Конституционного суда отменил неясные или ненормативные положения на том основании, что они, кроме того, противоречили принципу юридической безопасности. Он требует «защиты субъектов права от толкования, противоречащего Конституции, или от риска самоуправства, без возложения на административные или юрисдикционные органы обязанности устанавливать правила, установление которых возможно, по Конституции, только в законодательном порядке»⁸. Согласно Конституционному совету, если содержание закона не ясно, т. е. непонятно, какими именно правами и обязанностями он наделяет субъекта, то правоприменителю надлежит установить его смысл и тем самым определить эти права и обязанности. Так правоприменитель, как отмечает комментатор «Документов Конституционного совета», станет «со-законодателем и даже просто законодателем». Благодаря неясности закона открывается широкий простор для его толкования, в результате чего правоприменитель получает настоящую законодательную власть.

Но такая судебная практика означает принятие реалистической теории толкования, если только свести ее к идее о том, что толкование является волевым актом. Конечно, эта идея – центральная в реалистической теории, однако она неотделима от утверждения, согласно которому толкование осуществляется всегда, а

⁶ Vedel G. Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme // Marshall T. (éd.) *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*. – La Garenne-Colombes : Éditions de l'Espace européen, 1992. – P. 311 s.

⁷ Цит. по: Sowell Th. *The Quest for Cosmic Justice*. – The Free Press, 1999. – P. 169.

⁸ Déc. n° 2004-500 DC du 29 juill. 2004, см. также: Déc. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 (cons. 8).

не только при определенных обстоятельствах или в отношении некоторых формулировок. В соответствии с рассматриваемой нами теорией, применение права невозможно без его толкования, поскольку любое высказывание всегда имеет несколько значений.

Напротив, та имплицитная теория, которой руководствуется в своей деятельности Конституционный совет, запрещает неясные положения и, на самом деле, представляет собой теорию ясного текста нормативно-правового акта – разновидность теории «толкования-познания». Действительно, когда Конституционный совет утверждает, что недостаточно ясные положения закона должны быть истолкованы и рискуют оказаться противоречащими Конституции или произвольными, то это означает, что, по его мнению, такая опасность отсутствует, если текст закона ясен. В таком случае закон либо не подлежит толкованию (в силу принципа *in claris non est interpretandum*⁹), либо он будет истолкован, но только в соответствии с его подлинным смыслом.

Мы не будем обсуждать здесь вопрос о правильности данной теории. Заметим только, что если Конституционный совет принимает эту теорию, то, несмотря на внешние признаки, он очень далеко отходит от реалистической теории.

Это касается и его решений, принятых по итогам проверки актов, «очевидно лишенных нормативного содержания»¹⁰. На самом деле, с точки зрения реалистической теории, предполагающей тщательное различие высказывания и его значения, нормативность относится к свойствам не высказывания, а его смыслового значения. Высказывание не может быть нормативным или ненормативным, если только его не интерпретируют как нормативное, и любое высказывание может быть истолковано тем или иным образом. Лучше всего ту ситуацию, когда Конституционный совет не может преодолеть препятствия, описывает знаменитый пример с «быком на этом лугу». Он не далеко уходит здесь от раннего Кельзена, рекомендовавшего не допускать конституционного контроля закона, в тексте которого содержатся слишком общие понятия, как, например, в Декларации прав человека, поскольку таким образом суд получит чрезмерную власть. Но именно тогда Кельзен не был реалистом.

Тем не менее Совет сам оказывается в ситуации толкования не вполне ясных текстов с неопределенным содержанием, которые, в соответствии с его собственными критериями, должны рассматриваться им как ненормативные. Когда обладатель учредительной власти заявляет, что «принцип любого суверенитета, по сути, покоится в нации» или что «национальный суверенитет принадлежит народу», то он вовсе не выражает свою готовность наделить суверенитетом нацию или народ. Он хочет «констатировать», что суверенитет принадлежит кому-то из них. Однако Совет, очевидно, не может оценивать указанные положения как лишенные нормативного содержания и наделяющие их толкователя чрезмерной властью. Поэтому ему необходимо утверждать, что они обладают нормативным содержанием, и нет ничего плохого в том, чтобы толковать их в таком духе. Тем не менее, для того чтобы это сделать, он должен заявить, что рассматриваемые им положения обладают смыслом и этот смысл познаваем.

Предполагая, что неопределенные или неясные законы наделяют их толкователя созидательной властью, или отрицая, что неопределенные или неясные конституционные тексты могут наделить толкователя чрезмерной властью, не руководствуется ли Конституционный совет теорией толкования, отличной от той теории, которой придерживаются реалисты? Когда реализм представляет собой правовую теорию, судья Конституционного суда, как и другие судьи, не может быть реалистом. Но если понимать реализм иначе?

⁹ Понятное не нуждается в толковании (лат.). – *Прим. пер.*

¹⁰ Déc. n° 2004-500 DC du 29 juill. 2004; déc. n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005.

II. Судья Конституционного суда и реалистическая онтология

Вопрос о связи судьи, в частности судьи Конституционного суда, с реалистической онтологией может быть рассмотрен при помощи различения двух модальностей.

В первом случае любая правовая теория предполагает онтологию норм, рассматриваемых либо как идеальные сущности, наделенные объективным существованием, либо как волеизъявление людей. Этот подход соответствует онтологическому реализму, тогда как второй подход связан с юридическим реализмом. Допустимо принять один из них в перспективе философской спекуляции, но можно также предусмотреть тот или другой в зависимости от последствий для правовой теории, которые он повлечет за собой. Как показывают исследования, выбор первой концепции, т. н. «эйдетической», позволяет поддерживать тезис о подчинении права логике, в то время как вторая концепция, «волютаристская», продвигает идею о том, что право не является рациональным. Кроме того, только на основе второй концепции можно создать правовую науку по образцу эмпирических наук¹¹. Однако судья не занимается изучением права – он его создает, и поэтому не должен что-то предусматривать или предполагать. Перед судьей не стоит задача выбора той или иной онтологии, на которую ему следует ориентироваться.

С другой стороны, в языке права содержатся такие выражения, как «государство», «общество», «территориальные коллективы», «народ» и т. д. Можно рассматривать их либо в качестве понятий, обозначающих реально существующие объекты, либо, напротив, в качестве понятий, не имеющих референций в этом мире, но необходимых для того, чтобы формулировать высказывания, прежде всего нормативные. Первая концепция относится к онтологическому реализму, вторая – к юридическому реализму. Они имеют различные последствия, как это видно на примере с теорией юридического лица, и очевидно, что судьи могут придерживаться одной из них.

Между тем выбор той или иной концепции не обязательно означает ее безоговорочную поддержку судьей, поскольку обусловлен потребностью в специфической аргументации. Например, судьи рассматривают юридических лиц как реально существующих субъектов или как фикции в зависимости от тех последствий, наступления которых они ожидают. Так, Конституционный совет, полагая, что «принятый закон выражает общую волю, только если соответствует Конституции», тем самым признает общую волю эмпирически не устанавливаемой, но презюмируемой с момента одобрения закона и при условии его соответствия Конституции. Разумеется, эта концепция позволяет Совету обосновать возможность конституционного контроля, касающегося условий применения данной презумпции.

Напротив, отказываясь от проверки законов, принятых на референдуме, потому что «одобренные народом по итогам референдума, они представляют собой непосредственное выражение национального суверенитета», он, по сути, идентифицирует народ – носителя национального суверенитета – с избирательным корпусом¹². Конституционный совет утверждает, что народ является не субъектом, воля которого презюмируется при определенных условиях, а вполне реальным существом, наличествующим объективно. Следовательно, его воля может обнаруживаться непосредственно, без того, чтобы содержание этой воли проверяли на соответствие конституции.

¹¹ Alchouron C. E., Bulygin E. The expressive conception of Norms // Hilpinen R. (éd.). New studies in Deontic Logic. – Dordrecht, Reidel, 1981; Troper M. Ontologie et Théorie de la science du droit // Amselek P., Grzegorzczak C. (sous la dir.). Controverses autour de l'ontologie du droit. – Paris : PUF, 1989.

¹² Déc. n° 62-20 DC du 6 nov. 1962; déc. n° 92-313 DC du 23 sept. 1992.

Тем не менее в эмпирической реальности не существует ни народа, ни избирателей. Существуют только юридические нормы, которые их создают. Рассмотренный выше второй подход вытекает из онтологического реализма, поскольку он отрицает тот факт, что народ является фикцией, и признает его реальное существование. Выбор такого подхода обусловлен потребностью в обосновании отказа от осуществления конституционного контроля.

Один и тот же судья Конституционного суда применяет то одну, то другую концепцию, причем без какой-либо онтологической вовлеченности, исключительно в зависимости от различных аргументативных стратегий. Его реализм функционален.

III. Судья Конституционного суда и реалистическая правовая политика

Также «реализмом» можно назвать такую форму деятельности, которая принимает во внимание реальность в большей степени, чем абстрактные принципы. Конституционный совет может быть назван реалистическим в указанном смысле, если его деятельность обуславливается реальностью, к которой должны применяться соответствующие правила, или если он выносит решение в зависимости от той ситуации, в которой оказывается сам.

Первое предположение соответствует подходу судей, характерному для американского юридического реализма, вытекающего из прагматизма.

Можно утверждать, что Конституционный совет является реалистом каждый раз, когда он ограничивается в своей деятельности представлениями о тех последствиях, которые будет иметь его решение для экономической или социальной сфер общественной жизни. Разумеется, здесь речь идет о чрезвычайно широкой, но малоэффективной концепции. На самом деле, может случиться так, что Совет применит какой-то абстрактный принцип, однако примет во внимание последствия, ожидаемые от этого применения для политической, экономической или социальной реальности. Следует ли утверждать, что он является формалистом, поскольку применил абстрактный принцип, или реалистом, поскольку принял во внимание реальность?

Кроме того, возможно, что обращение к абстрактному принципу было обусловлено мотивацией принятого решения. И для того, чтобы определить, действовали судьи «реалистически» или нет, нам придется исследовать их психологию. С другой стороны, даже если удастся установить, что судьи руководствовались исключительно ожиданием определенных последствий от принятого ими решения, то возможность применения абстрактного принципа гипотетически сохраняется. Наконец, независимо от того, действовали судьи как реалисты или нет, результат их деятельности окажется одинаковым.

Поэтому предпринимались попытки закрепить употребление термина «реализм» применительно к тем случаям, когда принятое решение является результатом не буквального применения какого-либо абстрактного правового принципа, а его интерпретации в соответствии с экономическими или социальными реалиями и даже отступления от него. В этом смысле реализм представляет собой отказ от формализма¹³ и, очевидно, попросту совпадает с прагматизмом, определяемым Уильямом Джеймсом как «мировоззрение, которое состоит в том, что отвлекает наше внимание от первичного объекта, первичных принципа, категории, предполагаемой необходимости, чтобы обратиться его на вторичные объекты, на конкретные результаты, последствия, факты»¹⁴. Правда, трудно вообразить, чтобы судья

¹³ Atiyah P. S. & Summers R. S. Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions. – Oxford : Clarendon Press, 1987.

¹⁴ James W. Le Pragmatisme. – Paris : Flammarion, 1995. Napoléon incitait déjà au réalisme – il est vrai que ce n'était pas à propos des juges. Au Conseil d'État, il « protesta contre les théories, contre les

заявил об «отвлечении своего внимания от принципов». Поэтому реализм или прагматизм надо понимать, скорее, как толкование принципов с учетом внеправовых реалий¹⁵.

Тем не менее даже с такой весьма узкой концепцией реализма связано много проблем.

Во-первых, внеправовые обстоятельства редко излагаются в текстах принимаемых решений, по крайней мере во Франции, поэтому сложно с полной уверенностью определить ту роль, которую они могли сыграть.

Во-вторых, если принять реалистическую правовую теорию, то любое толкование следует считать волевым актом, причем эта воля необходимым образом обусловлена внеправовыми факторами. С этой точки зрения, нет никакой разницы между судьей-реалистом и судьей-формалистом. Нет также нормы или принципа, которые предшествовали бы интерпретации. Поэтому нельзя утверждать, что какой-то принцип был ослаблен, усилен, изменен для того, чтобы принять во внимание внеправовые обстоятельства, если только не намереваться познать содержание и значение принципа в чистом виде, не подверженном интерпретации – задача, очевидно, далекая от реальности.

В-третьих, можно задаться вопросом о статусе внеправовых факторов. Легко поддаваться искушению рассматривать действия судьи, сокращающего сферу применения какого-либо правила или принципа в связи с принятием во внимание фактических обстоятельств, в качестве признака приверженности реализму. Примером служит решение, принятое по результатам проверки закона о чрезвычайном положении в Новой Каледонии. Согласно ему, такой режим устанавливается только в интересах общественного порядка и при исключительных обстоятельствах¹⁶.

Также, когда принцип национализации объявляется соответствующим Конституции, происходит модификация «неприкосновенного и священного», как провозглашено в Декларации прав человека и гражданина, права частной собственности. Здесь учитывается эволюция представлений о целях и условиях его осуществления начиная с 1789 года. Однако некоторые из этих факторов являются, напротив, правовыми. Право частной собственности или исключительные обстоятельства, по сути, могут быть определены только при помощи юридической терминологии, поэтому та реальность, с которой судья пытается сообразовать принимаемое им решение, определяется им самим.

Данное утверждение справедливо и тогда, когда судья ссылается на материальные факторы, и даже когда он полагается на научное определение или оценку фактов¹⁷. Дело в том, что рассматриваемая нами здесь реальность является конструируемой реальностью. И, вопреки внешним признакам, она конструируется не учеными и экспертами, а судьей. В качестве примера приведем следующую ситуацию.

principes généraux et absolus, contre les hommes pour qui les faits n'étaient rien, qui sacrifiaient la réalité aux abstractions » (Souvenirs du Baron de Barante. – Paris, 1890 ; цит. по: Birnbaum P. L'Aigle et la Synagogue. Napoléon, les Juifs et l'État. – Paris : Fayard, 2007. – P. 180.

¹⁵ См. доклад (бывшего. – *Прим. пер.*) председателя (Конституционного совета. – *Прим. пер.*) П. Мазо: Mazeaud P. La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [Электронный ресурс] // Erevan. 29 sept. – 2 oct. 2005. – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.

¹⁶ Пример взят из доклада П. Мазо. – *Прим. авт.* См. предыдущую сноску.

¹⁷ Cottin S. & Ribes D. Fiscalité incitative et égalité devant l'impôt: l'écotaxe devant le Conseil constitutionnel. Observations sur la déc. n° 2000-41 DC du 28 déc. 2000, Loi de finances rectificative pour 2000 // RRJ. – 2001. – Pp. 659 s. ; Ribes D. Les experts au Palais-Royal. La place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité // Droit de l'environnement. – N° 142. – Oct. – 2006. – P. 280 s.

Законодатель или судья принимает одно из двух решений: либо происхождение ребенка всегда должно устанавливаться с помощью ДНК-теста, проводимого по требованию предполагаемого отца, либо такой тест может проводиться только при наличии определенных обстоятельств, поскольку его широкое распространение повлечет за собой нежелательные последствия для семей. Оба решения можно в равной степени признать реалистическими. В первом случае во внимание принимается биологическая реальность, во втором случае – социальная и психологическая реальности. Иными словами, решение обратиться к внеправовой реальности само по себе не может быть отражением этой реальности; оно принимается в результате выбора из двух реальностей и не является реалистическим.

Также о реализме рассуждают, когда описывают приемы, посредством которых Конституционный совет смягчает свой контроль, чтобы слишком высокий уровень защиты отдельных социальных прав не повлек за собой значительных расходов. Такие приемы квалифицируют, используя понятие «цели конституционного значения»¹⁸. Здесь опять следует обратить внимание на то, что речь идет об одном из вариантов техники балансирования. С одной стороны, провозглашен принцип, в соответствии с которым граждане имеют право на социальную защиту, а с другой стороны, применяется принцип, согласно которому расходы государства не должны быть чрезмерными. Если объявить второй принцип «реалистическим» и отдать ему предпочтение, то тогда следует признать, что никакого баланса между двумя равнозначными принципами не было и один из них должен был уступить реальности.

Очевидно, такое обоснование представляется наиболее убедительным. Однако желание избежать чрезмерных расходов является не более и не менее реальным, чем потребность в жилье или медицинском обслуживании. Выбор между ними продиктован не реальностью, а ее оценкой. Разумеется, мы не собираемся оспаривать здесь правильность этого выбора. Подчеркнем только риторическое значение обоснования, имеющего своей целью завуалировать политический характер решения отсылкой к реальности.

Можно было бы еще отметить, что Конституционный совет реализует реалистическую политику в ином смысле этого слова: когда он принимает во внимание ту ситуацию, в которой находится по отношению к другим акторам – Парламенту или судам.

Бесспорно, Конституционный совет, как и высшие судебные инстанции и все субъекты права, сталкивается с разнообразными ограничениями, которые предусмотрены конкретной юридико-политической системой. Поэтому он выбирает стратегии использования своей власти. Можно выделить стратегии, нацеленные на ее усиление или на умеренное пользование властью; можно обнаружить ограничения, влияющие на выбор той или иной стратегии, а также попытаться оценить эффективность выбора стратегии и рассмотреть предполагаемые ею средства. Однако бессмысленно рассуждать о реализме, поскольку следует называть «реалистичными» любые действия, которые являются частью стратегии.

Можно ли тогда закрепить данный термин за какими-то стратегиями? Можно подумать о том, чтобы сделать это применительно к тем из них, которые, как представляется, жертвуют определенными принципами из-за присутствия других акторов, но, разумеется, было бы невозможно сделать это объективно, т.е. не вникая в психологию судей и не вынося ценностного суждения. Если решение представляется в качестве результата установления равновесия между принципами, то некоторые из них неизбежно приносятся в жертву, тогда как другие реально применяются. Утверждение о том, что каким-то принципом пожертвовали в страте-

¹⁸ См. доклад П. Мазо. – *Прим. авт.*

гических интересах, означает, что в данном случае было предпочтительнее применить другой принцип.

Тогда остается возможность рассуждать о реализме, когда сам судья так объясняет проводимую им правоприменительную политику. Речь идет о заявлениях американских судей об их уважении к органу законодательной власти или о признании ими своей некомпетентности в «вопросах политики», а также о ситуациях, когда французский судья подчеркивает отличие его роли от роли Парламента. Тем не менее, как и в предыдущем случае, такое отношение можно понимать либо как отклонение от некоторых принципов во имя политической реальности, либо как отстаивание более важного из них, например принципа представительной демократии.

Следовательно, суть вопроса заключается не в том, является ли судья реалистом, а в том, сможет ли он извлечь какую-то пользу из этого статуса. Ответ на него, очевидно, положительный. Преимущество, которое может дать судье провозглашение себя реалистом, состоит в повышении его легитимности, и оно может быть достигнуто несколькими способами.

Прежде всего, судья, который согласует свою деятельность с другими судами, по-видимому, проявляет уважение к праву, а судья, почтительно склоняющий голову перед Парламентом, показывает, что он не вмешивается в сферу политики и его роль ограничивается применением конституции.

В некоторых случаях есть и дополнительное преимущество. Так, любое решение Конституционного совета всегда может быть преодолено путем пересмотра (Конституции. – *Прим. пер.*). Впрочем, угроза пересмотра является уникальным ресурсом, что подробно объясняет в своей знаменитой теории «ложа справедливости» Жорж Ведель¹⁹. Пересмотр конституции означает вмешательство самого суверена. Таким образом, тот судья, который уклоняется от фронтальной оппозиции к законодателю, проявляет уважение к демократии, но одновременно и к тому, кто противостоит ему, поскольку несостоявшийся пересмотр интерпретируется как знак согласия суверена.

Кроме того, представляя себя реалистом в этом смысле слова, т. е. подчеркивая, что он принимает во внимание ограничения системы, судья отказывается от старой теории силлогизма. Его функция больше не сводится к выведению решений из ясных и четких конституционно-правовых норм. Теперь судья не всегда выносит решения оппортунистически, но находит справедливый баланс между противоположными принципами и учитывает элементы реальности, влияющие на него. Поэтому его дискреционная власть уменьшается.

¹⁹ Vedel G. Schengen et Maastricht (à propos de la déc. n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juill. 1991) // RFD adm. 8 (2), mars-avr. 1992. – P. 173. В этой статье Ж. Ведель предпринимает попытку согласовать формальную концепцию конституции с теорией неограниченности власти, пересматривающей Основной закон. Французский юрист, анализируя положения Шенгенского соглашения и Маастрихтского договора, рассматривает проблематику легитимности судьи конституционного суда и государственного суверенитета. Как отмечает О. Бо, под «ложем справедливости» (*lit de justice*) понимается процедура, которая позволяла королю, обладавшему правом решающего слова в отношении закона, ставшего предметом судебного рассмотрения, преодолеть сопротивление парламентов, т. е. высших судов во Франции XV–XVIII вв. См. подробнее: Beaud O. Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle [Электронный ресурс] // Jus Politicum. – №° 18. <http://juspoliticum.com/article/Le-cas-francais-l-obstination-de-la-jurisprudence-et-de-la-doctrine-a-refuser-toute-idee-de-limitation-au-pouvoir-de-revision-constitutionnelle-1170.html> (дата обращения: 23.08.2017). Суть этой процедуры заключалась в том, что на торжественном заседании в присутствии короля и пэров парламент обязывался вносить королевские постановления в свой реестр и лишался возможности их опротестования. Нависавший над королевским тронном балдахин придавал ему сходство с ложем. – *Прим. пер.*

Однако он может объявить себя реалистом двумя способами: заявить, что его стратегия заключается в учете других политических или юрисдикционных институтов, или утверждать, что у него нет стратегии, т. е. он прагматично действует по обстоятельствам. Как иронично заметил по этому поводу Жорж Ведель, «моя стратегия – не иметь стратегии»²⁰. Это не только элегантный парадокс, но и весьма мудрая позиция: если его стратегия заключается в отсутствии стратегии, то определенная стратегия у него все же есть – делать вид, что он не имеет никакой стратегии. Притворяться, будто склоняешься перед реальностью, – как притворяться, будто обнаруживаешь заложенный в текстах смысл и механически применяешь их. Благодаря этому усиление дискреционной власти вуалируется, и она увеличивается.

Таким образом, какой бы смысл ни вкладывался в понятие «реалист», оно неприменимо к Конституционному совету, как и к любому другому юрисдикционному органу. Он не разделяет точку зрения реалистической теории права и не основывает свои решения на реалистической онтологии. Кроме того, невозможно отличить судебную политику, которую назвали бы «реалистичной», от политики, предполагающей применение абстрактных принципов.

С другой стороны, претензия на реализм представляет собой сильный риторический инструмент легитимации института. Эта претензия, конечно, связана с особым интеллектуальным контекстом, подобным, например, имевшему место в США в начале XX века. Если уже нет возможности утверждать, что в применяемых текстах выражены недвусмысленные правила и принципы, и отрицать, что лицо, ответственное за их применение, по меньшей мере причастно к их воспроизводству и, следовательно, к созданию права, что оно обладает значительной дискреционной властью и способно противостоять демократически избранному парламенту; и если, несмотря на это, все-таки необходимо обосновать такую власть, – то количество аргументов становится крайне ограниченным. Можно или утверждать, что судья осуществляет свою деятельность в форме репрезентации, отличной от той, которая возникает в результате выборов, или сослаться на особую чуткость к ограничениям, существующим в реальности, и показывать, как она гарантирует создание качественного права. Итак, из правильной идеи дискреционной власти судьи выводится ошибочное утверждение о реализме судьи. Реалистическая теория судьи приводит к теории судьи-реалиста.

Bibliography

1. Alchouron C. E., Bulygin E. The expressive conception of Norms // Hilpinen R. (éd.). *New studies in Deontic Logic*. – Dordrecht, Reidel, 1981. P. 95–124.
2. Atiyah P. S. & Summers R. S. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. – Oxford : Clarendon Press, 1987. – 437 p.
3. Birnbaum P. *L'Aigle et la Synagogue. Napoléon, les Juifs et l'État*. – Paris : Fayard, 2007. – 294 p.
4. Cottin S. & Ribes D. Fiscalité incitative et égalité devant l'impôt: l'écotaxe devant le Conseil constitutionnel. *Observations sur la déc. n° 2000-41 DC du 28 déc. 2000, Loi de finances rectificative pour 2000 // RRJ*. – 2001. – Pp. 659–689.
5. James W. *Le Pragmatisme*. – Paris : Flammarion, 1995. – 350 p.
6. Kelsen H. *General Theory of Law and State*. – New York : Russell & Russell, 1945, rééd. 1961. – 516 p.

²⁰ Выступление на защите диссертации Жака Мёнье на юридическом факультете Руанского университета. См.: Meunier J. *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégiques*. – Paris et Bruxelles : LGDJ et Bruylant, 1994.

7. Mazeaud P. La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité [Электронный ресурс] // Erevan. – 29 sept. – 2 oct. 2005. – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/20051001erevan.pdf>.
8. Meunier J. Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégiques. – Paris et Bruxelles : LGDJ et Bruylant, 1994. – 373 p.
9. Millard E. Article «réalisme» // Alland D. & Rials S. (sous la dir.). Dictionnaire de la culture juridique. – Paris : PUF, coll. «Quadrige», 2003. – P. 1297–1299.
10. Ribes D. Les experts au Palais-Royal. La Place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité // Droit de l'environnement. – №° 142. – Oct. – 2006. – P. 280–295.
11. Sowell Th. The Quest for Cosmic Justice. – The Free Press, 1999. – 224 p.
12. Troper M. Ontologie et Théorie de la science du droit // Amselek P. et Grzegorzczak C. (sous la dir.). Controverses autour de l'ontologie du droit. – Paris : PUF, 1989. – P. 53–68.
13. Vedel G. Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme // Marshall T. (éd.). Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel. – La Garenne-Colombes : Éditions de l'Espace européen, 1992. – P. 311–321.
14. Vedel G. Schengen et Maastricht (à propos de la déc. n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juill. 1991) // RFD adm. 8 (2). – Mars-avr. – 1992. – P. 177–180.
15. Décision n° 62-20 DC du 6 nov. 1962.
16. Décision n° 92-313 DC du 23 sept. 1992.
17. Décision n° 2004-500 DC du 29 juill. 2004.
18. Décision n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005.
19. Décision n° 2004-500 DC du 29 juill. 2004.
20. Décision n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 (cons. 8).

Michel Troper,

professor at the University of Paris X Nanterre (France),
member of the Institut Universitaire de France.

Realism and Judge of Constitutional Court

The article is devoted to the peculiarities of constitutional court judges' activities, which allow to call them realists. The author proceeds from the fact that the word "realism" can denote either one of the areas of the general theory of law, or type of behavior, or ontology of law. In his view, these meanings correspond to three different types of language. Since they are not logically interrelated, a judge of constitutional court may be realistic from one point of view but not from the other. In addition, the realistic legal theory allows for the existence of only empirical facts and declares universals fictions, so ontological realism and realism as a legal theory are incompatible. The choice of the rule of law applied by the judge depends on epistemological assumptions similar to those underlying the legal knowledge. On the examples from the practice of the Constitutional council of France, the author considers the possibility of a judge's ability to be realistic. As a result, he concludes that declaring oneself a realist allows a judge of constitutional court to increase the level of legitimacy and leads to the strengthening of his discretionary power in the political and legal systems of a modern democratic society.

Key words: judge; constitutional control; realism; judgment; positivism; jus naturalism; interpretation; values; authority; legitimacy.