

---

---

## СУДЬЯ КАК НОВЫЙ СУВЕРЕН: ВОЛОНТАРИСТСКАЯ ТЕОРИЯ ТОЛКОВАНИЯ МИШЕЛЯ ТРОПЕРА\*

**Е.В. Тимошина**

Санкт-Петербургский государственный университет  
*Университетская наб., 7–9, Санкт-Петербург, Россия, 199034*

В статье отмечается, что реализация концепции правового государства, предполагающей идею суда как независимой нейтральной инстанции, имела неожиданный побочный эффект, непредусмотренную замыслом издержку. Автор статьи полагает, что речь идет об обнаруживающей себя в сфере конституционной юстиции тенденции к суверенизации судебной власти, и, как следствие этого, к радикальной политизации правосудия, в особенности в ситуациях конкуренции прав человека. Процесс суверенизации судебной власти и политизации юстиции поддерживается идеологией судебного активизма, которая конструирует нового суверена — судью, пытаясь поставить его на место устранившегося суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической доктрины. Целью этого процесса является обоснование изменений в конституции, вводимых помимо предусмотренных для этого процедур.

Автор статьи полагает, что реалистическая (волюнтаристская) теория толкования современного французского конституционалиста Мишеля Тропера предлагает доктринальное обоснование тенденции к суверенизации органа конституционной юстиции. На основании анализа предложенной М. Тропером конструкции судебной власти автор приходит к выводу о том, что в ней заложены основные признаки политического суверена: 1) нормы конституции устанавливаются актом волеизъявления органа конституционного контроля; 2) реализуя конституционно-учредительную власть, он самостоятельно определяет собственные полномочия; 3) решение субъекта конституционного толкования обладает юридической действительностью независимо от его нормативного обоснования и содержания; 4) орган конституционной юстиции не является субъектом юридической ответственности. Автор статьи делает вывод о том, что реалистическая теория толкования М. Тропера, представляющая юрико-позитивистскую традицию, предпринимает попытку возвращения суверена в современный теоретико-правовой дискурс, замаскировав его дискредитированный образ в «белые одежды» неперемного атрибута правового государства — независимого суда. Вместе с тем субъектом суверенитета в современном правовом государстве признается народ, следовательно, полагает автор статьи, произвольное установление конституции органом конституционного контроля, присвоившим себе учредительную власть, является не актом толкования, как полагает М. Тропер, а актом узурпации суверенитета.

**Ключевые слова:** методология судебного толкования, судебный активизм, суверенизация судебной власти, орган конституционного контроля, конкуренция прав человека, юридический позитивизм, реалистическая теория толкования, М. Тропер

Реализация концепции правового государства, предполагающей идею суда как независимой нейтральной инстанции, имело неожиданный побочный эффект, непредусмотренную замыслом издержку. Речь идет об обнаруживающей

---

\* Статья подготовлена в рамках гранта РГНФ. Научный проект № 16-03-50161.

себя в сфере конституционной юстиции *тенденции к суверенизации судебной власти*, и, как следствие этого, к радикальной политизации правосудия, в особенности в ситуациях конкуренции прав человека. Процесс суверенизации судебной власти и политизации юстиции поддерживается *идеологией судебного активизма*, которая конструирует *нового суверена* — судью, пытаясь поставить его на место устранившегося суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической доктрины. Цель этого процесса ясно обозначает современный французский конституционалист О. Пфферманн: «обоснование изменений в конституции, вводимых помимо процедур, предусмотренных для этих целей» [6. С. 105].

Одно из наиболее распространенных определений судебного активизма состоит в том, что судья, демонстрирующий активистскую позицию, при вынесении решения осуществляет «выход... за пределы норм права» [5. С. 85]. Предположим, что используемая в данном определении метафора «выхода» означает, что установленный в результате судебного толкования смысл (значение) правовой нормы вообще не предполагается ее текстуальной формулировкой. Именно такая стратегия судебного толкования прямо предписывается весьма влиятельной реалистической теорией современного французского конституционалиста Мишеля Тропера: по его мнению, «неважно, каким является это значение — оно может быть очень далеко от того значения, которое ему можно было бы придать с точки зрения языковых оборотов, использованных в тексте, с точки зрения того, что можно знать о намерении изначального автора текста или с точки зрения иных данных (здесь и далее курсив в цитатах мой — Е.Т.)» [9. С. 275].

Данная теория имеет не в полной мере доктринально осмысленные политические следствия, подтверждая высказанное еще К. Шмиттом суждение о том, что «проблема “творческого судейства” в первую очередь является конституционно-правовой проблемой» [15. С. 52], т.е. в конечном счете связана с определением взаимных отношений властей в правовом государстве. Отмеченная выше тенденция к суверенизации органа конституционной юстиции обнаруживает себя в предлагаемой М. Тропером конструкции судебной власти, в которой оказываются заложенными основные признаки политического суверена. Рассмотрим эти признаки.

1. Суверен превосходит правопорядок, на который он воздействует; суверену, по точному выражению К. Шмитта, «для того чтобы создать право, нет нужды иметь право» [17. С. 27], т.е. его власть как социальный факт является предельным основанием действительности создаваемого сувереном права и как таковая не нуждается в определении нормами права.

М. Тропер исходит из того, что толкование представляет собой не акт *познания* смысла (значения) авторитетно установленного правила, а ничем не стесненный акт *волеизъявления* субъекта толкования, которым устанавливается норма как смысл текста и его юридическая сила, — именно поэтому его реалистическая теория может быть обозначена как *волюнтаристская*. Ученый расширяет понятие толкования, подразумевая под ним практическое действие, — *решение* о смысле текста и его юридической силе. Тем самым судебное реше-

ние помещается за гранью, очерчиваемой требованием его рационального, формально-логического обоснования, для оценки которого могут быть использованы логические критерии, в том числе критерии истинности и ложности. Для оценки практического действия данные критерии неприменимы: оно подлежит оценке с точки зрения иных критериев — эффективности, целесообразности и пр.: «...последствие акта волеизъявления, — подчеркивает М. Тропер, — может рассматриваться не как верное или неверное, но как эффективное или неэффективное либо как действительное или недействительное» [10. С. 172].

Ученый отрицает существование каких-либо общеобязательных норм, в том числе норм конституции, до их установления судьей в акте толкования, т.е. именно акт судебного толкования создает норму. До акта толкования существует лишь текст как объект толкования, который, с точки зрения М. Тропера, не имеет смысла (значения). Значение текста, т.е. норма, полагает он, недоступно познанию, — оно властно определяется судьей, осуществляющим толкование: «Акт... толкования создает нормативные последствия, поскольку вводит обязанность применять то или иное высказывание, придавая ему то значение, которое было придано толкователем, — для того, чтобы данное высказывание не имело иного значения, кроме выявленного в ходе толкования» [9. С. 287]. Отсюда также следует, что судья не может принять решение *contra legem* — просто потому, что «истолкованный текст не имеет и не может иметь значения, отличного от того, которым его наделяет уполномоченный орган, даже если представляется, что этот смысл отличается от всех иных толкований, осуществленных другими лицами, даже если оно кажется безрассудным и даже если оно расходится со всеми известными намерениями автора текста» [11. С. 9].

Кроме того, актом судебного толкования устанавливается не только норма как значение текста, но и его юридическая сила, «статус». Толкование статуса, подчеркивает М. Тропер, всегда подразумевается при толковании содержания, «ибо невозможно утверждать, что закон предписывает делать *n*, вне предположения, что текст... действительно является законом, а не декларацией волеизъявления обычного частного лица» [11. С. 13]. Однако вопрос о том, каким образом суд осуществляет выбор объекта толкования, иными словами, каковы критерии, позволяющие идентифицировать некий текст или поведенческую практику с законом или конституцией, остается в этой теории без ответа.

Волеизъявительный, или волюнтаристский, характер толкования, обосновываемый теорией М. Тропера, выражается также в том, что судья при установлении правовой нормы в акте толкования не связан каким-либо регламентированным порядком нормотворчества. При установлении нормы как значения текста и определении его юридической силы субъект толкования обладает «юридической свободой», которая, согласно собственному определению М. Тропера, есть «произвольная власть, т.е. право субъекта или органа осуществлять управление согласно его *собственному волеизъявлению* и наделять принимаемые им нормы содержанием по *собственному выбору*» [11. С. 18]. Соответственно осуществляющий акт толкования судья наделяется «произвольной властью», т.е. «юридически свободен придавать любое значение любому высказы-

ванию и даже любому факту, независимо от их лингвистической формы и степени определенности» [8. С. 93].

Все эти теоретические положения приобретают особое значение применительно к органу, осуществляющему толкование конституции, который, таким образом, есть орган, *устанавливающий конституцию*. Орган конституционного контроля, *во-первых*, устанавливает *объект* конституционного толкования: «Перед определением того, какие именно поведенческие акты предписаны конституционной нормой, — поясняет М. Тропер, — данный орган должен решить, что нечто — некий текст, собрание текстов, поведенческие практики — имеет значение норм и что эти нормы расположены на том или ином уровне иерархии» [8. С. 102–103]. *Во-вторых*, субъект конституционного толкования «юридически свободно», т.е. произвольно, определяет *содержание* конституции: «Содержание конституции, — подчеркивает М. Тропер, — составляют только нормы, созданные путем толкования правоприменительными органами, и эти последние подчинены исключительно *своей воле*» [10. С. 176]. Наконец, *в-третьих*, орган конституционной юстиции устанавливает и *высшую юридическую силу* конституции: по мнению ученого, суд не основывается «на некой изначально заданной высшей силе конституции при обосновании своего решения — само это решение установило высшую юридическую силу конституции» [8. С. 102].

Поскольку конституции до акта судебного толкования не существует, постольку М. Тропер подчеркивает, что формула «орган толкования конституции» способна ввести в заблуждение, так как предполагает, что конституция может существовать до акта толкования, что по его мнению, не соответствует реалистически интерпретируемой действительности [8. С. 100]. Свободу субъекта конституционного толкования в установлении конституционных норм можно пояснить собственным примером М. Тропера: «одну и ту же вещь можно истолковать либо как колесо от велосипеда, либо как произведение искусства. Если акт толкования создает некое произведение искусства, то акт толкования создает и конституцию» [8. С. 100–101].

Из положений реалистической теории толкования следует также, что «верховенства конституции не существует», следовательно, «не существует и нормативной иерархии», а значит, «не может быть и противоречащих конституции актов» [10. С. 172]. Однако главный ее вывод состоит в том, что конституционный суд является «единственным законодательным органом», более того, он «осуществляет *конституционно-учредительную власть*», т.е. устанавливая нормы конституции, сам суд «*не связан ни одной из этих норм*» [10. С. 178].

Таким образом, согласно теории М. Тропера, орган конституционной юстиции, действующий в ситуации отсутствия правового порядка, организованного конституцией в формальном смысле этого термина, и при этом устанавливающий конституцию, не будучи связанным ни одной из ее норм, оказывается в положении остиновского суверена, которому «для того чтобы создать право, нет нужды иметь право».

По мнению М. Тропера, его теория предлагает новое, по сравнению с чистым учением о праве Г. Кельзена, решение ключевой теоретико-правовой про-

блемы действительности нормативного порядка: «Если именно толкователь определяет норму... то на вопрос, почему норма действительна и является частью юридической системы, достаточно ответить: потому, что она создана в процессе толкования» [11. С. 13], иными словами, потому что она установлена новым сувереном — конституционным судом. Поскольку толкование «не подлежит никакому контролю» и признано аутентичным, следовательно, поясняет М. Тропер, «только та норма, которую оно производит, действительна и действительна» [10. С. 175].

Однако это «новое» решение оказывается хорошо известным решением классического юридического позитивизма: действительность нормы определяется ее «исхождением» от суверена, возможность ограничения которого нормами права есть *contradictio in adjecto*. Таким образом, реалистическая теория толкования М. Тропера, представляющая юридико-позитивистскую традицию, предпринимает попытку возвращения суверена в современный теоретико-правовой дискурс, замаскировав его дискредитированный образ в «белые одежды» неперемного атрибута правового государства — независимого суда, который актом произвольного толкования преобразует «колесо от велосипеда» в конституцию.

2. Суверен обладает учредительной компетенцией устанавливать собственную компетенцию [15. С. 88].

Согласно М. Троперу, любые нормы, в том числе и те, которые обосновывают компетенцию самих судебных органов, суть «продукты воли толкователя», а иерархия норм определяется иерархией судебных органов [9. С. 275], — т.е. суды сами устанавливают нормы об их собственной компетенции: они «истолковывают предписания, определяющие их собственные полномочия, другими словами, они сами эти полномочия и определяют» [10. С. 176]. Соответственно, и конституционный суд, обладая учредительной властью, «сам устанавливает свои полномочия» [10. С. 178].

В качестве примера самонаделения органа конституционной юстиции полномочием установления конституционной нормы М. Тропер приводит известное дело «*Мэрбери против Мэдисона*» (1803), в котором Верховный Суд США наделил себя полномочием контроля конституционности законов: «...Суд одновременно снискал и законодательную, и конституционно-учредительную власть... Суд приобрел право истолковать подобным образом конституцию и расширить свою компетенцию именно в силу своего качества высшего органа. Это означает, что, не являясь учрежденным каким-либо другим органом, не подчиняясь никакому контролю, Суд был способен определить свои полномочия, поскольку никто другой не мог этого сделать» [10. С. 178]. Суд может также наделить себя полномочием создания «сверхконституционных норм», если он решит (как это сделал Верховный Суд Индии) осуществлять контроль за законами, регулирующими процедуру пересмотра конституции [8. С. 102–103].

Замечанием о том, что суды самостоятельно устанавливают нормы об их собственной компетенции, М. Тропер пытается отвести адресованный правовому реализму критический аргумент Г. Харта, по мнению которого «утвержде-

ние, что существуют решения судов, не может последовательно быть соединено с отрицанием того, что какие-то правила вообще существуют»: «...Наличие судов подразумевает существование вторичных правил, наделяющих юрисдикцией... и делающих, таким образом, их решения авторитетными. В сообществе людей, которые поняли идеи решения и предсказания решения, но не поняли идею правила, идея *авторитетного* решения отсутствовала бы, — а с ней вместе и идея суда» [13. С. 139]. Однако решение М. Тропера о самонаделении судами полномочиями по установлению норм напоминает известный «тришкин кафтан», когда латание одной теоретической «дыры» приводит к образованию новой — в данном случае к не ограниченному правом произволу суда. Вопрос, который теория М. Тропера оставляет без ответа: что позволяет — в отсутствие конституционных правил о компетенции — некое собрание людей идентифицировать в качестве суда?

Тезис М. Тропера о том, что «действительный характер осуществляемого толкования служит основанием толковательного полномочия» [11. С. 15], означает, что толкование действительно, потому что осуществляется судом, т.е. сам факт осуществления судом толкования является основанием его полномочия на толкование. Иными словами, судебная власть, подобно власти суверена классического юридического позитивизма, есть тот социальный факт, который фундаментирует правопорядок. И вновь М. Тропер рассуждает так, как если бы в юридическом позитивизме XX в. под влиянием чистого учения о праве Г. Кельзена не было осознано, что отсылка остиновского позитивизма к социальному факту власти суверена как основанию действительности права имеет такой же метаюридический характер, как и апелляция к естественному закону в юснатурализме.

3. Главным инструментом политической власти суверена является *решение*, которым создается правопорядок и с помощью которого осуществляется непредусмотренное нормами права вмешательство в правопорядок (*auctoritatis interpositio*). Специфическими чертами решения является то, что оно, будучи исходящим от суверена, «обретает самостоятельную ценность», «становится в собственном смысле слова абсолютным» — независимо от аргументирующего обоснования, нормативной связанности, правильности содержания [17. С. 50–52].

М. Тропер, как уже подчеркивалось, рассматривает произвольно осуществляемый конституционным судом акт толкования как «настоящее решение», которое — «*каким бы ни было его содержание*» — не может быть ни верным, ни ошибочным, ни правильным или неправильным, но в любом случае оно не подлежит оспариванию (обладает силой *res judicata*). Данное решение, подчеркивает он, является юридически действительным, обязывающим «*не в силу его содержания и даже не вследствие методов своего обоснования*», но исключительно в результате реализации судом своего полномочия [11. С. 15–16], которым он, реализуя конституционно-учредительный характер своей власти, сам себя наделил. Таким образом, теория М. Тропера допускает, что решения суда об установлении конституционных норм, посредством которых суд создает конституционный правопорядок, обладают «самостоятельной ценностью» — независимо от их нормативного обоснования и содержания: «Эффект, произво-

димый [аутентичным] толкованием, — вновь подчеркивает он, — заключается в его обязательности, независимой от содержания» [11. С. 9].

4. Суверен — не связанный ни одной из устанавливаемых им норм, самостоятельно определяющий свои полномочия, свободно, собственным «решением» создающий правопорядок — не подлежит юридической ответственности.

Согласно реалистической теории М. Тропера конституционный суд не является субъектом ни юридической, ни конституционной (политической) ответственности [7] — решение органа конституционного контроля, которым устанавливается норма, вообще «не подлежит никакому контролю» [10. С. 175]. Судебная власть, полагает он, способна исключительно к самопонуждению, исходя из соображений «практической необходимости»: ничто не мешает Кассационному суду Франции «придать любое значение любому тексту, поскольку акт толкования будет равным образом действительным», однако в этом случае «нижестоящие суды... окажутся неспособными регулировать собственное поведение из-за невозможности предвидеть последствия своих действий». Поэтому судья, хотя и «волен поменять эту (судебную — *E.T.*) практику в любой момент, но это не в *его* интересах, поскольку, в конечном счете, власть судьи измеряется его умеренностью» [12. С. 195]. Это напоминает рассуждения русского последователя остиновского позитивизма Г. Ф. Шершеневича о том, что произвол государственной власти ограничивается исключительно свойственным ей «инстинктом самосохранения», заставляющим ее «сдерживаться в проявлении власти», т.е. проявлять умеренность в *ее* же собственных интересах [14. С. 218].

Известно, что тезис о юридической безответственности суверена в классическом юридическом позитивизме имел своим следствием невозможность обоснования конституционного права. Согласно известному суждению Г. Ф. Шершеневича «государственная власть не подчинена праву, потому что требование, обращенное к самому себе под угрозой, не имеет никакого значения» [14. С. 206]. Далеко не случайно, что М. Тропер, полагая, что конституция в формальном смысле не является обязательной, считает возможным заменить науку конституционного права политической социологией, поскольку их разграничение, считает он, не оправдывает себя. Конституционной науке, по его мнению, «надлежит не представить описание претенциозных конституционных норм и того менее констатировать их нарушение» [10. С. 180], но дать социологический анализ эмпирических фактов — прежде всего актов толкования, которыми устанавливаются нормы конституции. Соответственно, изучение конституции не имеет отношения к нормативной науке, изучающей сферу *sollen* (должного), но к исследованию конституции применимы обычные методы эмпирических наук, изучающих причинно-следственные связи явлений, относящихся к области *sein* (сущего).

М. Тропер подчеркивает, что предложенная им теория представляет собой единственно возможный — реалистический — взгляд на конституционное устройство государства и деятельность суда. Однако реалистическая позиция может состоять и в признании того очевидного факта, что волюнтаристская теория

толкования описывает процесс узурпации судебной властью суверенитета, субъектом которого в современном конституционно-правовом государстве является народ, и согласно ст. 3 Конституции Французской Республики «никакая часть народа, никакая отдельная личность не могут присвоить себе его осуществление».

Невозможно согласиться с тезисом М. Тропера о том, «истинная демократия есть власть судей» [Цит. по: 1. С. 332]. Популярный «аргумент от демократии», согласно которому пожизненно назначаемые и не несущие политической ответственности судьи не должны устанавливать общие правила, кажется неубедительным даже тем сторонникам судебного активизма, кто, как Р. Дворкин, готов признать, что «судебный активизм связан с риском тирании» [4. С. 202].

Неубедительность «аргумента от демократии» для разделяющих позицию судебного активизма связана со специфическим пониманием ими демократии как политической системы, обеспечивающей прежде всего защиту прав меньшинства: «Конституция, и особенно Билль о правах, — пишет Р. Дворкин, — предназначены защищать отдельных граждан и группы населения от определенных решений, принятие которых может быть желательным для большинства граждан, даже когда это большинство считает, что действует в интересах всего общества» [4. С. 187]. Следовательно, чтобы избежать нарушения принципа *peto iudex in propria causa*, т.е. того, чтобы парламентское большинство было судьей в своем собственном деле, суд, осуществляющий конституционный контроль, рассматривается в рамках идеологии судебного активизма как орган, функция которого — защищать права меньшинства, например, от «предрассудков гетеросексуального большинства по отношению к гомосексуальному меньшинству» (решение Европейского Суда по правам человека по делу «Аноним vs. Австрия» от 9 января 2003 г. [2. С. 136]).

Однако реализация одного правового принципа приходит в очевидный конфликт с другим основополагающим принципом — независимости суда, который в данной схеме рассуждений может быть поставлен под сомнение вследствие того, что суд при таком понимании его функций есть орган, политически зависимый от позиции меньшинства. Приведенное выше рассуждение Р. Дворкина в соединении с признанием того, что «главная суть требования того или иного права... состоит в том, что индивид имеет основания требовать защиты от большинства» [4. С. 206], создает ситуацию предопределенности судебного решения: при конкуренции двух индивидуальных прав приоритет всегда должен отдаваться праву субъекта, выражающего позицию меньшинства, а право человека, являющееся выражением его принадлежности к большинству, должно подлежать ограничению только на основании этой принадлежности. Однако очевидно, что у права человека должны быть какие-то иные основания, кроме количественных — оно не может подлежать защите только на основании того, что субъект этого предполагаемого права принадлежит к тому или иному меньшинству — религиозному, политическому, сексуальному и др.

О «примечательной» тенденции, направленной против демократического принципа большинства, возникновение которой исторически было связано с

поиском инстанции, способной выполнить функцию гаранта конституции, писал еще в 1931 г. К. Шмитт: «Если в XIX веке видели опасность прежде всего в исполнительной власти, и соответственно думали о защите от правительства, то сегодня имеют в виду *защиту от законодательства парламентского большинства*. Если же гарант не относится ни к сфере законодательной, ни к сфере исполнительной власти, то остается только юстиция, что и приводит к требованию учреждения суверенного суда» [15. С. 58–59].

Отмеченной К. Шмиттом тенденции в наибольшей степени соответствует деятельность Верховного Суда США: как известно, понятие судебного активизма (*judicial activism*) появилось в американской юриспруденции именно для обозначения проводимой им специфической политики толкования Конституции. Юристы У. Квирк и Р. Бридуэлл в книге с характерным названием «Судебная диктатура» (1995) отмечают, что «судебная система, возглавляемая Верховным судом, идет в авангарде организованного элитами похода *за торжество одобряемых меньшинством ценностей*», а результаты его деятельности оценивают не иначе, как «конституционный переворот» [Цит. по: 3. С. 298].

Демонстрация активистского подхода к осуществлению правосудия всегда сопровождается дискредитацией противоположного подхода как «формального» и «примитивного». Следует принять во внимание тезис Г. Кельзена о том, что за идеологией судебного активизма стоят вполне конкретные интересы социальных групп: «Нет ничего более понятного, чем факт, что строгое применение закона, не уделяющее внимание интересам отдельных групп, будет обвинено правовыми идеологиями этих групп в “формализме”. В современной юриспруденции самоочевидно, что интересы, использующие эту критику, будут представлять себя как [обладающие] лучшим методом толкования, с более высокими “научными стандартами”» [18. Р. 81].

Реалистический взгляд на отмеченную выше тенденцию к суверенизации судебной власти, выражением которой является в том числе волюнтаристская теория толкования М. Тропера, приводит к пониманию того, что правосудие, в особенности в сфере конкуренции прав человека, включается в сферу политического дискурса с присущим ему различием «друга» и «врага», при этом последний дискредитируется как нетолерантный, обремененный гендерными, сексуальными, расовыми, религиозными и прочими предрассудками «формалист». Достаточно посмотреть на заголовки статей, в которых комментировалось постановление Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2014 г., признавшее запрет пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних конституционным, — «Предрассудки снова победили право» [2]. Сама постановка вопроса должна спровоцировать выбор совершенно определенного варианта ответа: *предрассудок* (большинства), т.е. признание конституционности запрета такой пропаганды, или *право* (меньшинства), т.е. свобода демонстрации сексуального самоопределения, не стесняемая присутствием несовершеннолетних.

Сколь бы наивным ни казался «аргумент от демократии», он продолжает сохранять свою силу до тех пор, пока в конституции государство определяется

как демократическое, а источником и носителем суверенитета признается народ. Следовательно, ничем не стесненное установление конституционной нормы судом, присвоившим себе конституционно-учредительную власть, является не актом толкования, а актом узурпации суверенитета. Однако этот акт тем не менее не способен превратить суд в суверена — он ставит судебную власть в сомнительное положение *potestas indirecta*, так называемой косвенной власти, которая «требуется повиновения, не будучи в состоянии обеспечить защиту, хочет приказывать, не принимая на себя политических рисков, и властвует в обход других инстанций, на которых оставляет всю ответственность» [16. С. 238]. В этих словах можно резюмировать реалистическую позицию по отношению к предложенной М. Тропером конструкции судебной власти.

#### ЛИТЕРАТУРА

- [1] Антонов М.В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2012. С. 321–345.
- [2] Бартенев Д.Г., Кириченко К.А. Запрет пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений в оценке Конституционного Суда России: предрассудки снова победили право // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 6 (103). С. 132–143.
- [3] Бьюкенен П. Правые и не-правые / пер. с англ. К. Ковешникова. М.: АСТ, 2006. 348 с.
- [4] Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева. М.: РОССПЭН, 2004. 392 с.
- [5] Исполинов А.С. Судебный активизм и судебное нормотворчество Суда Европейского Союза // Международное правосудие. 2016. № 1 (17). С. 81–94.
- [6] Пфферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 104–132.
- [7] Тропер М. Конституционная ответственность и функция правления / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 4. С. 196–212.
- [8] Тропер М. Конституционное толкование / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 88–103.
- [9] Тропер М. Ответ Отто Пфферсманну // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2012. С. 273–291.
- [10] Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4 (53). С. 171–181.
- [11] Тропер М. Реалистическая теория толкования / пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 7–19.
- [12] Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А.В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2012. С. 184–195.
- [13] Харт Г.Л.А. Понятие права / под общ. ред. Е.В. Афонасина, С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петерб. гос. ун-та, 2007. 302 с.
- [14] Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. 320 с.
- [15] Шмитт К. Гарант Конституции // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2013. С. 27–220.

- [16] *Шмидт К.* Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса / пер. с нем. Д.В. Кузницына. СПб.: «Владимир Даль», 2006. 300 с.
- [17] *Шмидт К.* Политическая теология: четыре главы к учению о суверенитете / пер. с нем. Ю. Коренца // Политическая теология. Сборник. М.: «Канон-Пресс-Ц», 2000. С. 7–98.
- [18] *Kelsen H.* Legal Formalism and the Pure Theory of Law // Weimar: a Jurisprudence of Crisis / ed. by Jacobson A.J., Schlink B. Berkeley: University of California Press, 2000. P. 76–83.

## JUDGE AS A NEW SOVEREIGN: VOLUNTARISTIC INTERPRETATION THEORY OF M. TROPER

**E.V. Timoshina**

Saint Petersburg State University  
7/9, Universitetskaya embankment, Saint Petersburg, Russia, 199034

The paper presents, that realization of rule of law state concept, which supposed judge to be independent neutral instance, has had sudden side effect, unexpected costs. Author considers, that it is due to tendencies of judicial power sovereignization, being discovered in constitutional justice sphere, that lead to radical politicization of judgment, especially in competition of human rights situations. The process of judicial power sovereignization and politicization of judgment is supported by judicial activity ideology, which constructs new sovereign — the judge, and tries to put it in place of eliminated sovereign of classical (Austin's) juridical positivism and to assign him all attributes of the sovereign of classical political doctrine. The aim of this process is to substantiate changes to constitution, which are invented beyond provided procedures.

Author considers, that realistic (voluntaristic) interpretation theory of modern French constitutionalist M. Troper supposes doctrinal substantiation for constitutional judgement sovereignization tendency. On the basis of Troper's judicial authority construction author comes to a conclusion, that this construction includes main features of the political sovereign: 1) constitutional norms are stated by will expression act of constitutional supervision authority; 2) by realizing constitutional founding authority, it determines its own powers independently; 3) the decision of constitutional interpretation subject holds legal validity irrespective to its normative justification and contents; 4) constitutional justice authority is not a subject of legal responsibility. Author concludes that Troper's realistic theory of interpretation, representing the legal-positivist tradition, attempts the return of the sovereign in modern theoretical and legal discourse, disguising his discredited image in «white clothes» the main attribute of the rule of law — independent judiciary. However, the people is recognized as the subject of sovereignty in the modern rule of law state, therefore, believes the author, the arbitrary establishment of the constitution by the constitutional supervision authority, arrogated to itself the constituent power, is not an act of interpretation, as suggested by Troper, but an act of usurpation of sovereignty.

**Key words:** methodology of judicial interpretation, judicial activism, sovereignization of judicial power, constitutional supervision authority, competition of human rights, legal positivism, realistic theory of interpretation, M. Troper

### REFERENCES

- [1] Antonov M.V. Sovremennaya teoriya prava vo Frantsii: realisticheskiy podhod k pravu v kontsepcii Mishelya Tropera i spor o neorealizme v tolkovanii [Contemporary legal theory in France: the realist approach to law in the conception of Michel Troper and the debates about neorealism in interpretation]. *Rossiyskiy ezhegodnik teorii prava – Russian Yearbook of the Theory of Law*, 2011, no 4. Saint Petersburg, Izdatel'skiy dom SPbGU, 2012, pp. 321–345 (In Russ.).

- [2] Bartenev D.G., Kirichenko K.A. Zapret propagandy netradicionnyh seksual'nyh otnosheniy v otsenke Konstitutsionnogo Suda Rossii: predrassudki snova pobedili pravo [Review of the prohibition of propaganda of non-traditional sexual relations by the Russian Constitutional Court: the victory or prejudices?]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*, 2014, no. 6 (103), pp.132–143 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [3] Buchanan P. *Pravye i ne-pravye* [Where the right went wrong]. Moscow, AST Publ., 2006. 348 p.
- [4] Dworkin R. *O pravah vs'er'ez* [Taking rights seriously]. Moscow, ROSSPEN Publ., 2004. 392 p.
- [5] Ispolinov A. Sudebnyy aktivizm i sudebnoe normotvorchestvo Suda Evropeyskogo Soyuzha [Judicial activism and judicial rule-making of the Court of Justice of the European Union]. *Mezhdunarodnoye pravosudie – International Justice*, 2016, no. 1, pp. 81–94 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [6] Pfersmann O. Onomasticheskiy sofizm: izmenyat', a ne poznavat' (o tolkovanii konstitutsii) [An onomastic sophism: to change, and not to know (about constitutional interpretation)]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenii. Pravovedenie – Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie*, 2012, no. 4, pp.104–132 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [7] Troper M. Konstitutsionnaya otvetstvennost' i funktsia pravleniya [Constitutional responsibility and function of reign]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenii. Pravovedenie – Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie*. 2014, no. 4, pp. 196–212 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [8] Troper M. Konstitutsionnoe tolkovanie [Constitutional interpretation]. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenii. Pravovedenie – Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie*, 2012, no. 4, pp. 88–103 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [9] Troper M. Otvet Otto Pfersmannu [Reply to Otto Pfersmann]. *Rossijskiy ezhegodnik teorii prava – Russian Yearbook of the Theory of Law*, 2011, no. 4. Saint Petersburg: Izdatel'skiy dom SPbGU, 2012, pp. 273–291 (In Russ., abstr. in Engl.).
- [10] Troper M. Problema tolkovaniya i teoriya verhovenstva konstitutsii [The problem of interpretation and the theory of the supremacy of the constitution]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie – Comparative Constitutional Review*, 2005, no. 4 (53), pp. 171–181 (In Russ.).
- [11] Troper M. Realisticheskaya teoriya tolkovaniya [The realist theory of interpretation]. *Rossijskiy yuridicheskiy zhurnal – Russian Juridical Journal*, 2006, no. 2, pp. 7–19 (In Russ.).
- [12] Troper M. Svoboda tolkovaniya u konstitutsionnogo sud'i [The freedom of interpretation of constitutional judge]. *Rossijskiy ezhegodnik teorii prava – Russian Yearbook of the Theory of Law*, 2011, no. 4. Saint Petersburg: Izdatel'skiy dom SPbGU, 2012, pp. 184–195 (In Russ.).
- [13] Hart H.L.A. *Ponyatie prava* [The concept of law]. Saint Petersburg, Izdatel'stvo S.-Peterburgskogo gos. universiteta, 2007. 302 p.
- [14] Shershenevich G.F. *Obshhaya teoriya prava: v 2 t. T.I.* [General theory of law: in 2 vol. Vol. 1]. Moscow, Izd. br. Bashmakovyh, 1910. 320 p.
- [15] Schmitt C. Garant konstitutsii [The Guarantor of the Constitution]. In: Schmitt C. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [The state: law and policy]. Moscow, Izdatel'skiy dom «Territoriya buduschego», 2013, pp. 27–220 (In Russ.).
- [16] Schmitt C. Leviafan v uchenii o gosudarstve Tomasa Gobbsa [The Leviathan in the doctrine of state of Thomas Hobbes]. Saint Petersburg, «Vladimir Dal'», 2006. 300 p.
- [17] Schmitt C. Politicheskaya teologiya: chetyre glavy k ucheniyu o suverenitete [Political theology. Four chapters on the concept of sovereignty]. In: Politicheskaya teologiya. *Sbornik* [Political theology. Collected essays]. Moscow, «Kanon-Press-C», 2000, pp. 7–98 (In Russ.).
- [18] Kelsen H. Legal Formalism and the Pure Theory of Law. In: Jacobson A.J., Schlink B. (eds.) *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*. Berkeley, University of California Press, 2000. pp. 76–83.