

<https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>
EDN: FAKYGX

Научная статья / Research Article

Теория юридических сдержек: фактические границы правотворческих полномочий судьи с точки зрения неореалистической теории толкования

Д.А. Фаталиева  

Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, Россия
 daria-soshnikova@yandex.ru

Аннотация. Для современной методологии судебного толкования характерна апология реалистического стиля судебной интерпретации. Основные тезисы реалистической теории толкования — волюнтаризм органа официального толкования и отсутствие значения нормативного текста, отличного от придаваемого ему официальным толкованием. В связи с тем, что данные тезисы фактически допускают суверенизацию судебной власти, судебный реализм сталкивается с обеспокоенной критикой. Однако представители французской правовой доктрины отрицают возникновение тенденции к формированию нового суверена в лице судьи и выделяют особые факторы — юридические сдержки, которые обусловлены конфигурацией правовой системы и которые, хотя не являются нормативными обязательствами, сдерживают на практике аргументацию судей. Раскрываются основные положения теории юридических сдержек на основе работ французских ученых в области теории и философии права. Также, поскольку основным инструментарием реалистической теории толкования является эмпирический подход, положения теории юридических сдержек апробируются на примере практики органа международной юстиции — Европейского суда по правам человека. В частности, делается вывод о том, что соблюдение принципа субсидиарности и обращение к европейскому консенсусу могут быть рассмотрены в качестве примеров юридических сдержек. В результате анализа теории юридических сдержек автор соглашается с тем, что, хотя теория юридических сдержек дополняет реалистическую теорию толкования и может выступать инструментом для изучения политико-правового дискурса, ей присущи определенные ограничения. Так, теория юридических сдержек не предлагает объективных критериев для их выявления и отграничения от нормативных обязательств субъекта толкования, а также она, в целом, является описательной. Кроме того, природа юридических сдержек свидетельствует о том, что их соблюдение остается на усмотрение субъекта толкования, а значит, они не могут полностью исключить возможность его абсолютной дискреции.

Ключевые слова: методология судебного толкования, реалистический стиль судебной интерпретации, судебный активизм, теория юридических сдержек, судебный реализм, юридическая аргументация, орган аутентичного толкования, Европейский суд по правам человека

Конфликт интересов: Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

© Фаталиева Д.А., 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>

Дата поступления в редакцию: 20 сентября 2022 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2023 г.

Для цитирования:

Фаталиева Д.А. Теория юридических сдержек: фактические границы правотворческих полномочий судьи с точки зрения неореалистической теории толкования // *RUDN Journal of Law*. 2023. Т. 27. № 2. С. 368—382. <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>

The theory of legal restraints: the actual limits of the judge's lawmaking power from the perspective of the neorealist theory of interpretation

Daria A. Fatalieva  

Saint Petersburg State University, *Saint-Petersburg, Russian Federation*

 daria-soshnikova@yandex.ru

Abstract. The modern methodology of judicial interpretation is characterized by an apology of the realistic style of judicial interpretation. The basic theses of the realistic theory of interpretation are the voluntarism of the author of official interpretation and the lack of the function of a normative text which is different from that attached by the official interpretation. As these theses actually allow the sovereignty of the judiciary, the judicial realism faces a justified criticism. However, representatives of the French legal doctrine deny the tendency to form a new sovereign in the person of the judge and highlight special factors — legal restraints which are due to the configuration of the legal system restrain judges' reasoning in practice, although they are not normative obligations. The article reveals the main points of the theory of legal restraints based on the works of French scholars in the theory and philosophy of law. Also, since the main tool of the realist theory of interpretation is an empirical approach, the provisions of the theory of judiciary restraints are tested on the example of the international justice practice — the European Court of Human Rights. In fact, we conclude that respect for the principle of subsidiarity and recourse to the European consensus can be seen as examples of legal restraints. As a result of the theory of judicial restraints analysis, the author agrees that although it complements the realist theory of interpretation and can act as a tool for studying political and legal discourse, it has certain limitations. For example, the theory of legal restraints offers no objective criteria for identifying and distinguishing them from the normative obligations of the author of interpretation, and is, in general, descriptive. Moreover, the nature of legal restraints shows that their observance remains at the discretion of the subject of interpretation and, therefore, they cannot completely exclude the possibility of his/her absolute discretion.

Key words: methodology of judicial interpretation, actual style of judicial interpretation, judicial activism, theory of legal restraints, judicial realism, legal reasoning, authority of authentic interpretation, European Court of Human Rights

Conflict of interest. The author declares no conflict of interest.

Article received 20th September 2022

Article accepted 15th April 2023

For citation:

Fatalieva, D.A. (2023) The theory of legal restraints: the actual limits of the judge's lawmaking power from the perspective of the neorealist theory of interpretation. *RUDN Journal of Law*. 27 (2), 368—382. (in Russian). <https://doi.org/10.22363/2313-2337-2023-27-2-368-382>

Введение

В современной доктрине судебного толкования наиболее распространенным является реалистический стиль судебной интерпретации, среди основных признаков которого — волевая природа акта толкования и возможность автора толкования апеллировать к метаюридическим аргументам. Наиболее радикальная версия реалистического стиля судебной интерпретации, разработанная французским конституционалистом Мишелем Тропером в рамках неореалистической теории толкования, полностью отрицает наличие смысла у нормативного текста, выступающего объектом толкования, до акта его толкования. Автор толкования фактически оказывается наделен полномочиями по созданию правовых норм.

Соответственно, предполагаемая реалистическим стилем судебной интерпретации свобода автора толкования от границ задаваемого правовым текстом значения, с одной стороны, позволяет ему отказаться от верного с формально-юридической точки зрения, но вместе с тем социально несправедливого решения, но с другой стороны, фактически наделяет судью неограниченными полномочиями по произвольному определению того, что является правом.

Однако представители реалистической теории не соглашаются с тезисом о возможной тенденции к «правлению судей», поскольку он не подтверждается эмпирически. Наличие фактических границ правотворческих полномочий автора толкования с точки зрения неореализма объясняется с помощью теории юридических сдержек. Указанная теория предлагает характеристику факторов, сдерживающих дискрецию автора толкования в контексте реалистического стиля интерпретации, которые обусловлены особенностями правовой системы и вынуждают автора толкования принять наиболее эффективное и разумное решение.

В статье будут рассмотрены основные положения теории юридических сдержек, а также изложены результаты их верификации на примере практики Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд).

О неореалистической теории толкования

Развитие во второй половине XX века институтов конституционного и конвенционного правосудия обострило противостояние двух стилей (стратегий) судебной интерпретации¹ — формализма и реализма, и заложило основу для распространения последнего (Timoshina (ed.), 2022:11—20). Сложившийся исторически первым формалистский подход к судебной интерпретации демонстрирует верность идеалу строгого нормативного обоснования решения, которое может быть реконструировано

¹ Понятие «стиль судебной интерпретации» было сформулировано датским правоведом А. Россом. Он выделял (относительно) ограниченный и (относительно) свободный стили интерпретации — в зависимости от степени признания свободы судьи в процессе толкования правовых директив, объективный и субъективный стили — в зависимости от степени использования судьей в процессе толкования факторов, отличающихся от текста закона (Ross, 2019).

как дедуктивный вывод. Реалистический стиль судебной интерпретации, напротив, противопоставляет себя формализму и считает возможным для судьи апеллировать к метаюридическим аргументам, находящимся во внешней по отношению к позитивному праву реальности (Timoshina, 2017).

В современной доктрине реализм в его наиболее радикальной версии обоснован французским конституционалистом Мишелем Тропером в рамках неореалистической теории толкования, согласно которой значение нормативному тексту придается в процессе его толкования уполномоченным органом; какое-либо иное значение, отличное от придаваемого тексту в результате толкования, отсутствует. Положения неореалистической теории М. Тропера уже анализировались в работах российских ученых (Timoshina, 2016:50—61; Antonov, 2015a:116—131; Antonov, 2015b:17—22), в данной статье рассматривается важное дополнение неореалистической теории — теория юридических сдержек как особых факторов, которые сдерживают аргументацию² судей.

Реалистическая теория Тропера развивается на основе эмпирического прочтения теории толкования Г. Кельзена (Lukovskaya, 2014:249; Pfersmann, 2011:221), при этом в числе преимуществ реалистической теории отмечается используемая Тропером методология — критическая оценка правового идеализма и «доктринизма», использование лингвистического анализа и эмпирического теста: «каковы доступные наблюдению данные, подтверждающие данное утверждение? С помощью какого акта окончательно разрешается этот вопрос?» (Pfersmann, 2011:224). Сам Тропер определяет реалистическую теорию толкования как «скептическую»³ (Troper, 2012:93), и выражает ее в трех ключевых тезисах: 1) толкование — акт волеизъявления, а не функция познания; 2) объектом толкования являются формулировки или факты, а не нормы права; 3) осуществляющие толкование субъекты наделены специфической властью (Troper, 2006:137).

Тропер, вслед за Кельзеном, считает, что необходимым свойством лингвистических высказываний (представляющих текстуальное выражение нормы) является неопределенность, создающая поле для усмотрения автора толкования (Tusseau, 2012:45—46). При этом поскольку в теории толкования отсутствует объективный критерий, позволяющий выбрать один из результатов, к которым приводят различные методы толкования, выбор из такого множества доступных вариантов толкования может быть осуществлен автором толкования только волюнтаристски (Troper, 2006:138; Troper, 2012:99), иными словами, толкование является волевой деятельностью.

² В то время как толкование представляет собой деятельность (познавательную или, согласно реализму, волевою), в результате которой познается и/или устанавливается смысл правовой нормы, аргументация заключается в обосновании того, что избранный вариант толкования является правильным с юридической точки зрения. Так, заявление судьи о том, что «раздел X Закона Z означает N», как правило, будет сопровождаться аргументом, обосновывающим результат толкования (N) как верное толкование положения D с учетом контекста C. Таким образом, может быть выделен результат толкования в узком смысле — правовая норма, которая приводится автором толкования в качестве «правильного» значения толкуемого нормативного положения, и результат толкования в широком смысле — «правильное» значение нормативного положения и обосновывающие его аргументы (см., напр.: Chiassoni & Feteris, 2016:561—562).

³ Имеется в виду скептицизм в отношении возможности доктринального юридического толкования, рассматривающего процесс интерпретации в качестве акта познания.

Необходимо отметить, что предметом рассмотрения реалистической теории толкования является аутентичное толкование⁴, т.е. толкование, которое осуществляется в процессе правоприменительной деятельности, влечет за собой юридические последствия и не подлежит оспариванию в судебном порядке. Так, субъектами аутентичного толкования являются, в первую очередь, высшие судебные инстанции, в отдельных случаях также иные органы государственной власти⁵. В свою очередь, нижестоящие суды должны следовать позиции высших инстанций, по крайней мере, в той части, в которой их решение может быть обжаловано. Для таких судов толкование будет являться когнитивной деятельностью, сравнимой с толкованием, осуществляемой индивидами при соблюдении правовых норм (Tropet, 2011a:199—200).

Соответственно, правовые нормы создаются в результате толкования, благодаря которому устанавливается значение соответствующих лингвистических высказываний, и не существуют до акта толкования (Tropet, 2011a:198, 201); основанием действительности нормы становится ее создание в результате толкования (Tropet, 2006:140). Тропер, цитируя епископа Холди⁶, признает наличие у субъекта толкования *de facto* законодательных полномочий. Так, конституционный суд выступает соучредителем конституции, поскольку обладает правом ее свободного истолкования, как в случае наличия, так и при отсутствии определенных формулировок (например, при провозглашении неписаных принципов) (Tropet, 2006:142).

Одним из типичных примеров судебного реализма, рассматриваемых французскими учеными, является постановление Конституционного суда Южной Африки, принятое 1 декабря 2005 года в контексте борьбы с дискриминацией однополых отношений. Предметом рассмотрения суда стало закрепленное в статье 30(1) Закона о браке от 1961 года определение брака, которое эксплицитно включало термины «жена» (*wife*) и «муж» (*husband*). Конституционный суд, с одной стороны, признал нарушение конституционных принципов достоинства личности и равенства в отношении однополых пар, но, с другой стороны, приостановил применение решения о неконституционности оспариваемого положения на один год, чтобы обеспечить возможность парламенту изменить законодательную позицию по рассматриваемую вопросу. Если бы парламент не пришел к решению о внесении соответствующих законодательных изменений, статья 30(1) Закона о браке рассматривалась бы как включающая в определение брака гендерно-нейтральную фразу «или супруг» после слов «или муж». Такой закон был утвержден и подписан за день до истечения установленного срока (Tusseau, 2012:43—44).

В данном случае Конституционный суд выходит за пределы полномочий органа конституционной юстиции, характеризуемого Кельзенем в качестве «негативного

⁴ Определение реалистами «аутентичного толкования» отличается от его общепринятого в отечественной теории права определения как толкования, которое осуществляется органом, издавшим толкуемый нормативный текст (см. об этом, напр.: Kelsen, 2015:428).

⁵ При этом понятие правоприменительного органа М. Тропером не определено. О. Пферсманн отмечает, что в рамках неореалистической теории отсутствует явно сформулированное понятие «орган», она отсылает к «интуитивным данным» и отмечает в качестве отличительной черты рассматриваемых органов как субъектов толкования то, что они создают акты аутентичного толкования в процессе правоприменения. Пферсманн, критикуя положения реалистической теории, указывает, что такие органы являются «аутопойетическими», поскольку создают не только нормы права, но и определяют собственную компетенцию (Pfersmann, 211:266—267).

⁶ «Тот, кто располагает абсолютным полномочием толкования писаного и неписаного права, является настоящим его творцом, творцом его предназначения и целей, каким не является тот, кто первый записал и озвучил соответствующие нормы» (Цит. по: Tropet, 2006:142).

законодателя», поскольку принятое решение не отменяет оспариваемую норму, а распространяет ее действие на дополнительную категорию субъектов, что фактически превращает Конституционный суд в «позитивного законодателя». При этом в рассматриваемом примере законодательный орган оказался в подчиненном положении — Конституционный суд определил, какие изменения должны быть внесены в нормативный правовой акт, в какой срок, а также последствия неосуществления этих действий (сфера применения закона в любом случае должна быть расширена) (Tusseau, 2012:44—45).

Соответственно, реалистическая теория вызывает обоснованную критику как фактически допускающая суверенизацию судебной власти, сопряженную с освобождением судьи от связанности смыслом позитивных правовых текстов, изданных законодательным органом власти (Timoshina, 2016:50—61). Однако представители реалистической теории, опираясь на эмпирический опыт, отрицательно отвечают на справедливый вопрос о возникновении тенденции к правлению судей.

Теория юридических сдержек: основные положения

Реалисты признают, что теоретически судебный реализм допускает юридическую действительность любого произвольного решения о смысле определенного высказывания, принятого субъектом аутентичного толкования. Однако этот тезис не подтверждается эмпирически ни с количественной, ни с качественной точек зрения: во-первых, большинство судебных решений по сходным делам содержат одинаковую правовую позицию, решения с отклоняющейся правовой позицией являются маргинальными случаями; во-вторых, смысл решений не кажется «произвольным», если под этим понимаются отклонения от классических способов юридической аргументации (Millard, 2012:26).

В рамках реалистической теории данное противоречие объясняется наличием некоторых факторов, влияющих на выбор субъекта толкования, — юридических сдержек⁷ (*contraintes juridiques*) (Millard, 2012:26). Согласно теории юридических сдержек⁸ они представляют собой фактические ситуации, в которой правовой актор оказывается вынужден принять определенное решение или действовать определенным образом в связи с конфигурацией правовой системы, которую он создает или в рамках которой он действует (Millard, 2012:93).

Наличие юридических сдержек не противоречит положениям реалистической теории толкования. Тропер отмечает, что свобода субъекта аутентичного толкования в юридическом смысле представляет собой дискреционное полномочие наделять принимаемые нормы определенным значением, которое в любом случае будет признано действительным, что при этом не исключает того, что выбор данного значения подтвержден влиянию различных факторов (Тропер, 2011b:191).

При действиях субъекта толкования в рамках правовой системы его умозаключение включается в совокупность уже существующих и используемых данным субъектом толкования и иными органами концепций, в связи с чем его непрямые обязательства связаны с необходимостью учитывать возможные решения других звеньев

⁷Также используется перевод термина как «аргументативные сдержки» (Antonov, 2015a:116—131), «непрямые обязательства» (Тропер, 2006:136—137).

⁸ Теория юридических сдержек была разработана в рамках исследований, проведенных учеными Центра теории и анализа права (Centre de Théorie et Analyse du Droit) в Нантре.

системы (Troper, 2006:143). Он связан юридическим понуждением в широком смысле — необходимостью действовать наиболее разумным и эффективным образом. В частности, если стабильная практика способствует возможности определять содержание законодательства в будущем, то при принятии произвольных решений судья рискует потерять такую возможность и поставить под сомнение свою легитимность. Иными словами, верование судьи в свою «связанность» вытекает из практической необходимости, которая, в свою очередь, понуждает судью следовать своей практике и повторно использовать свои методы толкования.

Так, в качестве метафоры, объясняющей теорию юридических сдержек, М. Тропер и В. Шампей-Депла (*V. Champeil-Desplats*) используют игру в шахматы. Несмотря на то, что правила игры обычно позволяют шахматисту сделать несколько возможных в рамках правил игры ходов, в случае если только один ход позволит избежать поражения, шахматист выберет именно его. В необходимости принять такой ход проявляется «сдержка», которая вызвана не внешними по отношению к игре обязательствами (особенности психологии, религиозные и идеологические убеждения игрока), но внутренними факторами — самой системой шахмат и конкретной ситуацией, разворачивающейся на шахматной доске (Jouanjan, 2011:31).

Кроме того, субъект толкования не является единственным «игроком». Автор конкретного акта толкования вынужден учитывать, что тот же нормативный текст (например, конституция) может стать объектом толкования иного органа аутентичного толкования (Tusseau, 2012:45—46). С связи с этим теория юридических сдержек предлагает понятие *homo juridicus* — рационального автора толкования, который хотя и обладает, на первый взгляд, неограниченной властью по созданию правовых норм в процессе толкования нормативных текстов, тем не менее использует свои полномочия так, чтобы сохранить или улучшить свое положение в рамках правовой системы (Tusseau, 2012:50).

Примеры юридических сдержек

Поскольку особенностью реалистической теории, включая теорию юридических сдержек, выступает эмпирический взгляд на право и методологию судебного толкования, обратимся к примерам для иллюстрации теории юридических сдержек. Представители судебного реализма разграничивают юридические сдержки на внешние (возможная реакция представителей других органов власти) и внутренние (необходимость обоснования решений) сдержки (Le Coustumer, 2002:172).

В качестве примера юридической сдержки (которую возможно соотнести с внутренними юридическими сдержками) представителями реалистической теории указывается правило статьи 20 постановления Конституционного совета Франции (*Conseil constitutionnel*) от 7 ноября 1958 года, обязывающее (в случае соответствующего истолкования нормативного текста) членов Конституционного совета Франции приводить обоснование значения, придаваемого ими нормативным текстам, а также принципов, на которые они ссылаются. Согласно Троперу такое решение будет социально обоснованным и разумным. Здесь может возникнуть логичный вопрос о том, каким образом судья может мотивировать свое решение, если нормативный текст не обладает предустановленным значением до его толкования. Исследователи реалистической теории объясняют отсутствие противоречия следующим образом: Тропер не говорит об отсутствии у текста изначального значения, ученый указывает

на то, что в процессе аутентичного толкования судья выбирает из нескольких субъективных значений текста или принципа и принимает окончательное решение об их объективном значении (Le Coustumer, 2002:173—174).

Однако указанный пример подчеркивает, что выявление юридических сдержек как факторов, сдерживающих дискрецию автора аутентичного толкования, представляет определенную сложность. Несмотря на то, что юридические сдержки обособлены от всех других факторов тем, что проистекают из «конфигурации правовой системы» (Alland, 2012:94), отсутствуют сформировавшиеся критерии по их выявлению, а также единое понимание того, на что конкретно направлено «сдерживание».

Другим излюбленным примером реалистов выступает постановление Государственного совета (*Conseil d'État*) Франции по делу Конэ (*Koné*). Заявитель обжаловал правомерность указа об экстрадиции на основании того, что он был принят государством по политическим мотивам. В то же время международный договор, заключенный между Францией и государством-ответчиком, не содержал данное основание в качестве эксплицитного исключения из общего правила о необходимости рассматривать каждое требование о выдаче. Иными словами, формальные основания для обжалования у ответчика отсутствовали. Тем не менее, Государственный совет обратился к «фундаментальному правовому принципу, признанному законами Республики», в соответствии с которым выдача по политическим мотивам запрещена. Таким образом, в данном деле юридическая сдержка вынуждает автора толкования сослаться на «фундаментальный правовой принцип» с тем, чтобы обосновать неприменение положений международного договора (Alland, 2012:95).

С точки зрения реалистов речь идет именно о юридической сдержке в контексте реалистического подхода, поскольку применение положений закона в данном случае было бы невозможно в связи с обладанием нормами международного права большей юридической силой по сравнению с нормами национального права. При этом в данном случае необходимость использования конституционного принципа для обоснования принятого Государственным советом решения также затрагивает аспект действительности данного решения (Alland, 2012:96), что размывает различия между формалистским и реалистическим подходом.

Отдельными учеными теория юридических сдержек также рассматривается как источник определенных этапов процесса нормотворчества, поскольку автор толкования может оказаться вынужденным выбрать определенный вариант толкования нормативного положения, придав ему значение нормы права, прибегнуть к определенным аргументам, концепциям, иным источникам права (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:16).

Так, юридические сдержки определяют выбор определенного варианта толкования лингвистического высказывания и решение о том, будет ли оно наделено юридической силой правовой нормы. Один из таких примеров предлагает конституционное право Франции: в 1962 году Ш. де Голль предполагал внести изменения в процедуру выбора Президента Республики и внедрить прямое всеобщее избирательное право, для чего требовалось воспользоваться процедурой, предусмотренной статьей 89 Конституции, в соответствии с которой принятие решений о внесении поправок в Конституцию принималось квалифицированным большинством голосов в Конгрессе. Однако Ш. де Голль воспользовался возможностью избежать противостояния со стороны законодательного органа власти путем толкования статьи 11

Конституции как допускающей проведение референдума в том числе по вопросам пересмотра положений Конституции (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:15).

Также конфигурация правовой системы может приводить к использованию определенной линии аргументации или определенных аргументов. Так, в случае если возникает коллизия между двумя нормами права, обладающими равной юридической силой, она может быть разрешена путем обращения к «метапринципам», которые могут быть как материальными (в частности, ссылки на фундаментальный характер некоторых прав), так и процессуальными (например, постулат о том, что «коллизии между конституционными нормами должны разрешаться в каждом конкретном случае»). Выбор между конкретными метапринципами также осуществляется исходя из особенностей конфигурации правовой системы или представлений правовых акторов о характере их полномочий (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:15—19).

Кроме того, юридические сдержки могут приводить к формулированию новых теорий и концепций. Один из примеров, подтверждающих данный тезис, — концепция демократии, которая может пониматься как формально — в качестве системы, в которой полномочия по созданию правовых норм принадлежат народу (его избранным представителям), так и содержательно — как набор ценностей, которые подлежат защите и предполагают наличие конституционного судьи. Подобная концепция демократии сформировалась в том числе исходя из институционального места, которое занимают конституционные судьи, и их политической роли (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:18).

Наконец, учеными отмечается, что правовая система обуславливает ссылки на определенные источники права. Например, таким образом объясняется, что решения Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд) учитываются (эксплицитно или имплицитно) Конституционным советом (*Conseil constitutionnel*), Государственным советом (*Conseil d'État*) или Кассационным судом (*Cour de cassation*). Субъекты права (в том числе судьи) могут быть вынуждены скрыть творческий элемент своей деятельности или пытаться избежать принятия решения, которое будет выглядеть очевидно политическим. Так, в решении Конституционного совета (*Conseil constitutionnel*) в отношении закона, разрешающего аборт, Конституционный совет отказался рассматривать вопрос соответствия закона статье 1 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — «Конвенция») и обосновал принятое решение при толковании статьи 62 Конституции, сформулировав новую правовую норму. В соответствии с ней полномочия по конституционному контролю были ограничены проверкой соответствия законов положениям Конституции, но не положениям международных договоров (Brunet & Champeil-Desplats, 2012:19).

Примеры из практики ЕСПЧ

С учетом того, что реалистический стиль интерпретации наиболее явно проявляется на примере практики органов международной юстиции, для которых характерна волюнтаристская природа толкования и свобода автора толкования (Alland, 2012:87,89), предлагается рассмотреть примеры из практики ЕСПЧ. Как и иные субъекты толкования в международном публичном праве, ЕСПЧ представляет собой, в терминологии Тропера, орган аутентичного толкования, поскольку его решения порождают юридические последствия внутри правовых систем Совета Европы и не

могут быть пересмотрены. Более того, учеными и самим Судом отмечается «конституционный» характер деятельности ЕСПЧ, поскольку Конвенция представляет собой «конституционный» инструмент для европейского публичного порядка (Greer & Wildhaber, 2012; 667—670; Gerards & Senden, 2009)⁹.

Решения ЕСПЧ как органа наднациональной юстиции оказывают влияние на правовые системы государств — членов Совета Европы. При этом Суд не обладает механизмом юридического принуждения и *de facto* вынужден «убедить» государство-ответчик в законности, обоснованности и справедливости вынесенного решения, поскольку в противном случае государство может сделать выбор в пользу его неисполнения. Данный риск потенциально может быть рассмотрен в качестве «внешнего» сдерживающего фактора для аргументации Суда. Соответственно, юридические сдержки, проистекающие из системы конвенционного механизма, связаны с необходимостью легитимации решений ЕСПЧ для их последующего исполнения государством-ответчиком.

В качестве примеров таких юридических сдержек возможно выделить соблюдение выработанных в практике Суда¹⁰ принципов субсидиарности (*subsidiarity*) и свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*), в основе которых — прямая демократическая легитимация национальной власти, способной лучше, чем международный суд, определить местные интересы и потребности¹¹.

В контексте прав человека выделяется три плоскости субсидиарности. Во-первых, «процедурная» (*procedural*) субсидиарность, т.е. компетенция Суда рассматривать дела, связанные с нарушением прав человека, которая проявляется в правиле об исчерпании внутрисударственных средств защиты (п. 1 ст. 35 Конвенции), а также в необходимости соблюдения условий допустимости жалобы (ст. 1, ст. 34, п. 2 ст. 35 Конвенции) (Besson, 2016:79). Во-вторых, материальная (*substantive*) субсидиарность определяет содержание пересмотра Судом принятых государством-ответчиком мер и складывается из доктрины «четвертой инстанции» (*forth-instance doctrine*)¹² и свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*).

В основе принципа свободы усмотрения государств (*margin of appreciation*), наиболее распространенного элемента материальной субсидиарности, — прямая демократическая легитимация национальной власти, способной лучше, чем международный суд, определить местные интересы и потребности¹³. При этом представители государства-ответчика должны обосновать, что принятое ими решение учитывало права и свободы, предусмотренные Конвенцией (Besson, 2016:81).

⁹ ECtHR. *Loizidou v. Turkey*. Application no. 15318/89. Judgment of 23 March 1995. § 75.

¹⁰ Со вступлением в силу Протокола № 15 к Конвенции принцип субсидиарности и свобода усмотрения государств получили свое закрепление на уровне преамбулы Конвенции.

¹¹ См., напр.: ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11. Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014, § 129.

¹² Доктрина четвертой инстанции подразумевает, что ЕСПЧ обладает ограниченными полномочиями по пересмотру решений национальных судов и не вправе выступать по отношению к ним четвертой инстанцией — его задачи сводятся к проверке того, чтобы национальные решения не были бы очевидно неразумными или произвольными. Пересмотр фактов, установленных в решениях национальных судов, возможен только, если решения нарушают Конвенцию (Besson, 2016:80).

¹³ См., напр.: ECtHR, *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11. Judgment (Grand Chamber) of 1 July 2014, § 129.

Наконец, субсидиарность в контексте средств правовой защиты (*remedial*) подразумевает, что выбор средств правовой защиты принадлежит государству-ответчику (Besson, 2016:82).

В качестве юридической сдержки предлагается рассмотреть субсидиарность в ее материальном аспекте, поскольку именно в рамках нее формируется аргументация Суда. Кроме того, материальная субсидиарность не являлась нормативным обязательством Суда (до вступления в силу Протокола № 15 к Конвенции) и представляла собой «непрямое обязательство», связанное с системой конвенционного механизма.

Для обоснования отступления от принципа субсидиарности и, в частности, от принципа свободы усмотрения государств Суд обращается к европейскому консенсусу (*europaean consensus*). Последний определяется в практике Суда как сформировавшийся среди большинства государств Совета Европы единый подход к определенным правилам и принципам, отраженный в национальном и межнациональном законодательстве и в правоприменительной практике (Dzehtsiraou, 2011:1733).

В отдельных случаях, когда европейский консенсус, как в большей или меньшей степени единый подход законодательства и правоприменительной практики государств Совета Европы к оспариваемой заявителем мере, еще находится в процессе формирования, Суд обращается к опыту других стран и учитывает «продолжающуюся международную тенденцию» (*continuing international trend*) в отношении такой меры. Например, в деле «Шеффилд и Хоршам против Соединенного Королевства» ЕСПЧ отказался признать нарушение статьи 8 Конвенции в случае невозможности изменить свидетельство о рождении после операции по смене пола. Суд указал, что не может отклониться от предшествующей практики, так как транссексуализм продолжает вызывать сложные научные, правовые, моральные и социальные вопросы, к которым отсутствует единый подход среди государств-членов¹⁴.

При этом в деле «И. против Соединенного Королевства» Суд признал нарушение прав заявителя в аналогичных обстоятельствах в том числе в связи с установлением продолжающейся международной тенденции по юридическому признанию смены пола и по защите прав указанных лиц¹⁵.

Однако в отдельных случаях ЕСПЧ отдает приоритет свободе усмотрения государства и отступает от следования формирующемуся европейскому консенсусу. Например, в деле «А., Б. и Ц. против Ирландии» ЕСПЧ отметил неприменимость европейского консенсуса, так как запрет аборта был вызван выражением ценностных ориентиров народа Ирландии путем проведения референдумов¹⁶.

Ограничения теории юридических сдержек

Некоторые положения теории юридических сдержек позволяют сделать вывод о наличии ограничений рассматриваемой теории. Так, в рамках теории юридических сдержек не сформулированы объективные критерии для выявления юридических

¹⁴ ECtHR. *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*. Application no. 31—32/1997/815—816/1018—1019). Judgment of 30 July 1998, § 58.

¹⁵ ECtHR. *I. v. the United Kingdom*. Application no. 25680/94. Judgment of 11 July 2002. § 64. — Аналогичная позиция была принята Судом в деле «Кристин Гудвин против Соединенного Королевства» (ECtHR. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002. § 84).

¹⁶ ECtHR. *A, B and C v Ireland*, Application No 25579/05, Judgment (Grand Chamber) of 16 December 2010, § 235—239.

сдержек. С одной стороны, юридические сдержки как непрямые обязательства должны быть отграничены от нормативных обязанностей автора толкования в рамках формалистского стиля интерпретации, что особенно характерно для внутренних сдержек, поскольку им также присуща необходимость обосновать принимаемое решение. Как было рассмотрено выше, в цитируемых реалистами примерах, такое разграничение явно не прослеживается — фактически единственным отличием от формалистского стиля становится отрицание в рамках реалистической теории формально-юридической обязательности интерпретируемого нормативного текста до акта его толкования и, соответственно, большая свобода автора аутентичного толкования при выборе обоснования. С другой стороны, также не определены признаки, разграничивающие юридические сдержки, проистекающие из конфигурации правовой системы, и иные внеправовые факторы, влияющие на аргументацию судей.

В связи с вышеуказанным необходимо согласиться с О. Жуанжаном. Ученый отмечает, что, как правило, «обязательство» и «сдержка» отличаются тем, что первое находится в области правовых норм, а последнее — в области фактов. Однако это различие не всегда выдерживается в рамках реалистической теории. Если вернуться к метафоре с игрой в шахматы — сдержка для игрока в шахматы проявляется в ситуации на шахматной доске, которая создается серией предыдущих ходов, сыгранных в соответствии с правилами игры в шахматы. С одной стороны, различие между сдержкой и обязательством сохраняется с точки зрения того, что игрок вправе выбрать проигрышный для себя ход. Но с другой стороны, остается вопрос о том, почему игрок обязан в принципе следовать правилам игры в шахматы (Jouanjan, 2012:35—36).

В качестве еще одного ограничения теории юридических сдержек выделяется ее описательный характер. Так, Э. Мийяр отмечает, что теория юридических сдержек по своей сути является исторической наукой о юридических фактах (эмпирических выражениях норм или реконструкции таких выражений в качестве системы), которая, хотя и является правдоподобной, тем не менее не поддается проверке (Millard, 2012:35). В то же время, с точки зрения Мийяра, юридические сдержки представляют собой инструмент, который позволяет изучить динамику политико-правового дискурса и объяснить ограничения аргументации (Millard, 2012:39—40). Приведенные тезисы ученого объясняют отсутствие четко сформулированных критериев для выявления юридических сдержек — задача по их формулированию и не ставится перед теорией юридических сдержек в силу ее описательности.

Кроме того, важно подчеркнуть, что несмотря на фактическое влияние юридических сдержек на принятие решения автором толкования, отсутствие нормативного характера юридических сдержек допускает их соблюдение по усмотрению судьи. Соответственно, власть судьи (как субъекта аутентичного толкования) «*измеряется его умеренностью*» (Tropet, 2011b:193,195) и степенью его рациональности.

Заключение

Теория юридических сдержек представляет собой важный элемент неореалистической теории толкования, поскольку она демонстрирует существование границ юридической свободы субъекта аутентичного толкования, несмотря на наличие у него *de facto* правотворческих полномочий, описывает некоторые примеры

юридических сдержек, а также учитывает политико-правовые аспекты взаимодействия субъектов аутентичного толкования между собой и с третьими лицами.

Обращение к практике ЕСПЧ также подтверждает наличие в решениях Суда факторов, сдерживающих его аргументацию. В качестве примера «юридических сдержек», проистекающих из системы конвенционного механизма и распространенных в решениях ЕСПЧ, выступает соблюдение Судом принципа subsidiarity, а также ссылки на европейский консенсус.

Вместе с тем, как отмечено выше, теория юридических сдержек не предлагает объективных критериев, которые позволили бы, с одной стороны, отграничивать сдержки, то есть непрямые обязательства, от нормативных обязанностей автора толкования (за исключением отрицания в рамках реалистической теории формально-юридической обязательности интерпретируемого нормативного текста до акта его толкования), а с другой стороны, определить признаки, разграничивающие юридические сдержки, проистекающие из конфигурации правовой системы, и иные внеправовые факторы, которые учитываются судьями в аргументации.

В то же время, основным критическим замечанием является то, что в силу своей природы юридические сдержки не могут полностью исключить абсолютную дискрецию автора толкования. Таким образом, возникающий в связи с положениями неореалистической теории толкования вопрос о тенденции к «правлению судей» остается открытым.

References / Список литературы

- Alland, D. (2012) *Théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public*. *Droits*. (55), 85—102. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0085> (in French).
- Antonov, M.V. (2015a) M. Troper's Neorealist Conception and Debates of Legal Propositions in French Legal Doctrine. In: Kasatkin, S.N. (ed.). *Problems of Methodology and Philosophy of Law*. Samara, Samara Humanitarian Academy. pp. 116—131. (in Russian).
Антонов М.В. Неореалистическая концепция М. Тропера и спор о правовых суждениях во французской правовой доктрине // Проблемы методологии и философии права / под редакцией С.Н. Касаткина. Самара: Самарская гуманитарная академия, 2015. С. 116—131.
- Antonov, M.V. (2015b) About Theory of Constitutional Interpretation by Michel Troper and His Debates with Otto Pfersmann. *Scientific Search*. (1.3), 17—22. (in Russian).
Антонов М.В. О теории конституционного толкования Мишеля Тропера и о его споре с Отто Пферсманном // Научный поиск. 2015. № 1.3. С. 17—22.
- Besson, S. (2016) Subsidiarity in International Human Rights Law — What is Subsidiary about Human Rights? *The American Journal of Jurisprudence*. 61(1), 69—107. <https://doi.org/10.1093/ajj/auw009>
- Brunet, P. & Champeil-Desplats, V. (2012) La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit. In: Cartuyvels, H., Dumont, H., Gérard, Ph., Hachez, I., Ost, Fr. & van de Kerchove, M. (eds.) *Les sources du droit revisités*. Bruxelles, F.U.S.L., Louvain-la-Neuve, Anthémis. pp. 1—21. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.2276> (in French).
- Chiassoni, P. & Feteris, E. (2016) A Note on Terminology and Purpose. In: Pattaro, En. & Roversi, C. (eds.). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. 12(1), Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. pp. 561—564.
- Dzehtsiraou, K. (2011) European Consensus and Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*. 12(10), 1730—1745. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017533>

- Gerards, J.H., & Senden, H.C.K. (2009) The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights. *International Journal Of Constitutional Law*, 7(4), 619—653. <https://doi.org/10.1093/icon/mop028>
- Greer, S. & Wildhaber, L. (2012) Revisiting the Debate about ‘constitutionalizing’ the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 12(4), 655—687. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs034>.
- Jouanjan, O. (2011). La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes. *Droits*. (54), 27—48. <https://doi.org/10.3917/droit.054.0027>. (in French).
- Kelsen, H. (2015) *Pure Theory of Law*. Transl. from German by Antonov, M.V. & Lyozov, S.V. Saint Petersburg, Alef Press Publ. (in Russian).
Кельзен Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова // СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
- Le Coustumer, J. (2002) Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques. *Droits*. (36), 161—182. <https://doi.org/10.3917/droit.036.0161> (in French).
- Lukovskaya, D.I. (2014) To the Evolution of Views on the Magisterial Law in French Jurisprudence (Late 18th Century — First Quarter of the 19th Century). *Pravovedenie*. (4), 237—250. (in Russian).
Луковская Д.И. Об эволюции взглядов на судебское право во французской юриспруденции (конец XVIII — первая четверть XX века) // Правоведение. 2014. № 4. С. 237—250.
- Millard, É. (2012) Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité. *Droits*. (55), 23—40. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0023> (in French).
- Pfersmann, O. (2011) Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. Transl. from French by Antonov, M.V. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 218—272. (in Russian).
Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании / пер. с франц. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 218—272.
- Ross, A. (2019) *On Law and Justice*. Holtermann, J. v. H. (ed). Oxford, Oxford University Press.
- Timoshina, E.V. (2017) The methodology of judicial interpretation: genesis and evolution of the realist approach. *Pravo i politika*. (12), 1—13. <https://doi.org/10.7256/2454-0706.2017.12.25079> (in Russian).
Тимошина Е.В. Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. 2017. № 12. С. 1—13. https://doi.org/10.7256/2454-0706.2017.12.25079
- Timoshina, E.V. (2016) Judge as a new sovereign: voluntaristic interpretation theory of M. Troper. *RUDN Journal of Law*. (2), 50—61. (in Russian).
Тимошина Е.В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50—61.
- Timoshina, E.V., Vasilieva, N.S., Kraevsky, A.A., Kondurov, V.E. & Soshnikova, D.A. (2022) *Strategies of Judicial Interpretation and Principles of Law: Handbook*. Timoshina, E.V. (ed.). Saint-Petersburg, the Publishing House of Saint-Petersburg State University. 362 p. (in Russian).
Тимошина Е.В., Васильева Н.С., Краевский А.А., Кондуров В.Е., Сошникова Д.А. Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / под ред. Е.В. Тимошиной. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2022. 362 с.
- Troper, M. (2006) Realistic theory of interpretation. *International Journal of Constitutional Law*. 1(54), 136—143. (in Russian).
Тропер М. Реалистическая теория толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1(54). С. 136—143.
- Troper, M. (2011a) Kelsen, the theory of interpretation and the structure of the legal order. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 196—204. (in Russian).

Тропер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 196—204.

Troper, M. (2011b) Freedom of interpretation for the constitutional judge. *Russian Yearbook of Legal Theory*. (4), 184—195. (in Russian).

Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. Т. 4. С. 184—195.

Troper, M. (2012) Constitutional Interpretation. *Pravovedenie*. 4(303), 88—103. (in Russian).

Тропер М. Конституционное толкование // Правоведение. 2012. № 4(303). С. 88—103.

Tusseau, G. (2012) Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques — ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison. *Droits*. (55), 41—84. <https://doi.org/10.3917/droit.055.0041> (in French).

Сведения об авторе:

Фаталиева Дарья Александровна — аспирант Санкт-Петербургского государственного университета по направлению «Юриспруденция», Российская Федерация, 199034, г. Санкт-Петербург, Университетская наб., 7—9

ORCID ID: 0000-0002-7590-7868

e-mail: daria-soshnikova@yandex.ru

About the author:

Daria A. Fatalieva — Postgraduate student of the Saint Petersburg State University in Law; 7—9 Universitetskaya nab., Saint Petersburg, 199034, Russian Federation

ORCID ID: 0000-0002-7590-7868

e-mail: daria-soshnikova@yandex.ru