

Вячеслав Евгеньевич Кондуров

исследователь, преподаватель-исследователь

ORCID: 0000-0002-7331-4305, viacheslav.kondurov@gmail.com

Санкт-Петербургский государственный университет

Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., д. 7–9

Суд и порядок: классический институционализм М. Ориу и С. Романо*

Аннотация: Предметом исследования являются воззрения классических институционалистов М. Ориу и С. Романо на роль суда и природу юстиции. Методологическую базу работы составляет метод интерпретации, являющийся основным для изучения истории правовых учений и охватывающий также метод проблемно-теоретической реконструкции, а также общенаучные методы анализа, синтеза и др. Новизна проведённого исследования заключается в выявлении ключевых элементов воззрений Мориса Ориу и Санти Романо на роль и содержание юстиции, их интерпретация с учётом достижений современной юридической науки в контексте различных стилей (стратегий) судебной интерпретации.

Морис Ориу полагает, что основанием полномочий суда является не политическая власть, но суверенитет конституционного статуса. Это делает возможным выполнение судами функции сдерживания (ограничения) иных органов государства, источником власти которых является политический суверенитет. В связи с этим французский правовед достаточно широко раздвигает границы юстиции и вполне допускает судебское нормотворчество, конкурентное парламенту. В определенной мере такая позиция М. Ориу может быть обусловлена «идеалистическими» элементами в основе его мировоззрения. Так, в основание института им кладется «идея», на страже которой в конечном счёте и оказывается юстиция.

Санти Романо в свою очередь, напротив, стремится избежать любого идеализма, оставаясь на позициях, близких социологическому позитивизму. В отличие от Мориса Ориу, он создаёт общую правовую теорию, а не теорию публичного права. По этой причине он куда больше своего французского учителя уделяет внимания вопросам содержания толкования как специфической судебской деятельности. Он понимает его как формальную логическую и сущностно когнитивную процедуру. Однако общий контекст плюралистического учения итальянского правоведа делает возможным не менее широкий взгляд на суд, чем у Мориса Ориу. Санти Романо также допускает существование у суда нормотворческой компетенции, однако не считает таковую частью юстиции.

Несмотря на принципиальное допущение возможности создания судами норм, ни Санти Романо, ни Морис Ориу не могут рассматриваться как предтечи или сторонники радикального судебного реализма, согласно которому судья – единственный подлинный творец права, суверенно и спонтанно создающий нормы, без оглядки на уже существующий правовой порядок.

Ключевые слова: институционализм, Морис Ориу, Санти Романо, суд, юстиция, правопорядок, конституционная юстиция, толкование.

Для цитирования: Кондуров В. Е. Суд и порядок: классический институционализм М. Ориу и С. Романо // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2020. – № 4 (88). – С. 26–36; doi: 10.35750/2071-8284-2020-4-26-36.

Viacheslav E. Kondurov

Researcher. Teacher-Researcher

ORCID: 0000-0002-7331-4305, viacheslav.kondurov@gmail.com

Saint Petersburg State University

7/9, Universitetskaya emb., Saint Petersburg 199034, Russian Federation

The Court and the Order: Classic Institutionalism by M. Hauriou and S. Romano*

Abstract: The subject of the study is the ideas of classical institutionalists (M. Hauriou and S. Romano) on the role of court and the nature of justice. The methodological basis of the work is the method of interpretation, which is the main one for the study of the legal theories history, and also the method of problem-theoretical reconstruction, as well as general scientific methods of analysis, synthesis, etc. The relevance of the conducted research is to identify the key elements of Maurice Hauriou and Santi Romano's ideas on the role and content of justice and their interpretation, taking into account the achievements of modern legal science regarding the different styles (strategies) of judicial interpretation.

Maurice Hauriou believes that the basis of the court powers is not the political power, but the sovereignty of the constitutional statute. This makes it possible for courts to perform the function of deterrence (restriction) of other state bodies, the source of power of which is a political sovereignty. For this reason, the French jurist pushes the boundaries of justice wide enough to allow judicial rule-making, which is competitive with the parliament. To a certain extent, this position of Maurice Hauriou may be at the heart of his world view. For example, he puts an «idea» in the foundation of the institution, which eventually becomes the guardian of justice.

Santi Romano, on the other hand, seeks to avoid any idealism by remaining in positions close to sociological positivism. Unlike Maurice Hauriou, he creates not a public law theory, but a general legal theory. For this reason, he focuses much more on the content of interpretation as a specific judicial activity than his French teacher. He considers it as a formal logical and essentially cognitive procedure. However, the general context of the pluralistic teaching of Italian jurisprudence makes it possible to take a broader view of the judiciary than that of Maurice Hauriou. Santi Romano also allows the court to have normative competence, but does not consider it part of justice.

Despite the fundamental assumption that it is possible for the courts to create norms, neither Santi Romano nor Maurice Hauriou can be considered forerunners or supporters of radical judicial realism, according to which the judge is the only true creator of law, who makes norms in a sovereign and spontaneous manner without looking back at the existing legal order.

Keywords: institutionalism, Maurice Hauriou, Santi Romano, court, justice, legal order, constitutional justice, legal interpretation.

For citation: Kondurov V. E. The Court and the Order: Classic Institutionalism by M. Hauriou and S. Romano // Vestnik of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. – 2020. – № 4 (88). – P. 26–36; doi: 10.35750/2071-8284-2020-4-26-36.

Введение

В настоящей статье мы исследуем проблему отношения между судом (юстицией) и правопорядком в теории классического институционализма на основе анализа работ его ярчайших представителей М. Ориу, С. Романо. Данный вопрос напрямую связан с более общей проблемой стилей (стратегий) судебной аргументации

(интерпретации): та или иная стратегия толкования имплицитно или эксплицитно заключает в себе и определённые институциональные, политические следствия, способные менять структуру конкретного правопорядка. Так, идеология судейского активизма и проистекающая из неё реалистическая модель судебной аргументации коренным образом трансформирует структуру

* The article was prepared within the framework of the scientific project № 18-011-01195 “Validity and efficacy of law: theoretical models and strategies of judicial argumentation”, supported by the Russian Foundation for Basic Research.

классического правового государства [16, с. 50–51], которое традиционно связывалось с господством безличной нормы над любой властью, в том числе судебной. В этом смысле «проблема “творческого судейства”» является не только теоретико-правовой, но представляет собой в первую очередь «конституционно-правовую» проблему [20, с. 52]. Здесь мы сталкиваемся с возможным переделом границ компетенций различных властей, переструктурированием форм взаимодействия между властями в пространстве правового порядка.

Следовательно, поставленный нами вопрос не предполагает рассмотрение аргументативных схем и ситуативно-технических приёмов, которые используют суды для обоснования выносимых решений. Всё это представляет важный предмет исследования, но касается тактики, а не стратегии судебной интерпретации. Так, если обращаться к устоявшемуся делению стилей судебной интерпретации на «формализм» и «реализм» [14, с. 1–13; 15, с. 73–102; 17, с. 113–128], то последний должен пониматься не просто как окказиональный «выход» судьи за пределы формального, силлогистического подхода, но как вполне устойчивая, принципиальная и осознанная установка на творческое изменение (или даже создание) судом правопорядка.

Общее движение европейской правовой мысли с конца XIX – начала XX века отмечено всё возрастающей ролью юстиции, расширением её границ как в теоретическом, так и в практическом поле. Это видно и из доктринальных представлений об эволюции структур публичного порядка – от классической идеи *Rechtsstaat* («правовое государство») к *Justizstaat* («государство юстиции») и *Richterstaat* («государство судей»), от восприятия суда как «оракула» трансцендентных норм [1, с. 530] к вере в судью как творца норм и т. д. Нормативистский (в широком смысле) идеализм позитивизма XIX века, порождённый вполне понятной эйфорией от принятия Гражданского кодекса Наполеона¹,

постепенно утрачивал позиции, а вместе с ним – и вера в беспробельность права и в «формальную» роль судьи как «уст» закона.

Впрочем, сама вера в судью как в «глашатая» права не была связана исключительно с позитивизмом, но скорее являлась следствием более общей посылки – веры в рациональное устройство мира, свойственное Просвещению. В юридическом смысле эта вера преломлялась в уверенность в существовании «абсолютных норм»², а в политико-теологическом – в деизм правового государства. Даже в традиционно «реалистической» американской доктрине решение судьи долгое время оставалось лишь «свидетельством», «оглашением» объективного права, а не основанием возникновения такового [1, с. 530–531].

Однако в конце XIX – начале XX века юридический позитивизм в своих классических формах отступает в прошлое. Мировоззрение господствующей эпохи меняет свою структуру: в него проникают убеждения в относительности, конструируемости (в том числе языковой) социальной сферы и релятивизм. Вера в рациональность законодателя, а вместе с ней и вера в закон, постепенно утрачивается: из зримого воплощения разума закон постепенно превратился в пустую форму, в которой находит отражение лишь «исполненный заурядности компромисс сегодняшнего дня» [21, с. 67]. На её место приходит желание ограничить политическую власть представительных органов. Естественно, с помощью юстиции. Благодатной почвой для этого стала административная юстиция, предполагающая контроль над деятельностью исполнительной власти в сфере «административного управления» [19, с. 320].

Роль и место институционализма в интеллектуальной истории описываемого духовного движения остаётся неясной, в том числе вследствие того, что исследователи, как правило,

¹ В. А. Туманов, цитируя французского юриста Ж. Боннеказа, писал: «...Гражданский кодекс вызывал у французских юристов особое безграничное восхищение; его толкование поглощало все усилия и было основано на полном уважении к его положениям – их стремились точно объяснить, но никогда не критиковали. В тех редких случаях, когда автор осмеливался высказать какие-либо возражения, это делалось в столь робкой форме, что критический дух как бы исчезал» [18, с. 169].

² Далеко не всегда «абсолютные нормы» должны были пониматься в позитивистском ключе. В конце концов нормативизм, если схватывать сам смысл этого воззрения, вполне может существовать и в естественно-правовой форме. В определённом смысле «юснатуралистическая» форма нормативизма возникла много ранее позитивистской. Переход от одной формы нормативизма к другой происходил на фоне общего упадка естественного права и, в немалой мере, окольными путями этиатистского децизионизма, подготовившего для современных позитивистских воззрений благодатную почву.

уделяли мало внимания взглядам институционалистов на природу юстиции и роль суда в правопорядке, притом что вопрос встроения суда в структуры правопорядка органичен для институционализма. Данная статья призвана в известной мере восполнить этот пробел. По выражению американского конституционалиста Пола В. Кана, «оставаться современным означает непрестанно задаваться вопросом о корнях современности» [7, р. 4], – в данном случае об интеллектуальных корнях всё возрастающей в современном мире политической власти органов юстиции, прежде всего конституционной.

Суд и порядок в классическом институционализме М. Ориу

Морис Ориу (1856–1929) не стремился к систематической разработке общей теории права [6, р. 79] и не оставил стройного учения о судебном толковании и судебном правотворчестве. Тем не менее, если обратиться к той роли, которую отводил французский правовед судебной власти, его взгляды на этот предмет можно реконструировать с известной долей определенности.

Однако прежде следует описать несколько ключевых элементов теории Мориса Ориу [12]. Во-первых, важно отметить, что институтом в юридическом смысле (корпоративным институтом) является устойчивая социальная организация, обладающая внутренней (в отношении составляющих его индивидов) и внешней (в отношении иных социальных организаций) автономией, конституционным устройством власти [13, с. 85, 92–93] и собственной идеей [5, р. 101–104, 108, 112–114]. Последняя представляет собой не просто некую цель, но скорее «целевую причину» института, в силу которой и во имя которой существует институт; на реализацию и проявление которой направлена осуществляемая институтом власть; именно идея делает институт объективным, определяет его структуру и содержание. Кроме того, идея института призвана объединять субъективные сознания индивидов и обеспечивать их общность [5, р. 101–104].

Из сказанного может создаться впечатление, будто Морис Ориу полагал единственным корпоративным институтом государство, однако это не так. У коммерческого предприятия также есть определённая автономия, конституционный статус (устав), идея (прибыль) и т. д. Однако М. Ориу, будучи специалистом по публичному и,

в особенности, административному праву, закономерно сосредоточивается на государстве³ и использует терминологию, которая в большей степени свойственна именно этому корпоративному институту. Кроме того, государство как корпоративный институт является наиболее важным «институтом институтов». Представления Мориса Ориу о месте судебной власти в государстве (как институте) тесно связаны с его размышлениями о конституционном режиме и дроблении суверенитета. Здесь мы не сможем остановиться на всех подробностях этого элемента его учения, но коснёмся лишь принципиальных в контексте рассматриваемой темы моментов.

В первую очередь из перечисленных ранее признаков ясно, что не всякая фактическая социальная организация представляет собой правовой институт. Ключевую роль здесь играет идея института, при обладании и реализации которой социальная организация приобретает институциональные черты. К примеру, государство как институт обусловлено идеей «протектората национального гражданского общества со стороны публичной власти, обладающей территориальной юрисдикцией, но отделённой от отношений собственности и таким образом оставляющей большую свободу для своих подданных» [5, р. 101]. Иными словами, чтобы быть подлинным институтом, государство должно (а) осуществлять протекторат, защиту гражданского общества на конкретной территории; (б) власть в нём не должна быть обоснована правом собственности, т. е. должна быть публичной; (в) гарантировать определённую сферу автономии для лиц, составляющих защищаемое гражданское общество. Соответственно, идея государства как корпоративного института предполагает предзаданную сферу автономии граждан, которая должна защищаться государством. Мера указанной свободы зависит от идеи института, из которой проистекает справедливый баланс автономии граждан и суверенной власти. В том случае, если такой баланс не соблюдается, социальная организация будет осуществлять власть не для реализации идеи института, перестанет восприниматься как справедливая и

³Это признавал и сам М. Ориу, отметивший в письме Санти Романо, что последний сосредоточился на теории правопорядка, а не на теории государства, как сделал сам французский правовед [4, р. 72].

утратит правовое качество. Конституционный режим, опосредующий суверенную публичную власть, в этом отношении служит маркером высшего развития государства как института [13, с. 428], т. е. свидетельствует о реализации соответствующей институциональной идеи.

С точки зрения французского правоведа, при конституционном режиме государственный (национальный) [13, с. 449] суверенитет подвергается ряду делений. Во-первых, он подразделяется на юридический суверенитет и политический (правительственный) суверенитет [5, с. 36–37, 39]. При этом юридический суверенитет составлен из двух элементов: (1) корпоративный (суверенитет порядка [13, с. 476], суверенитет статута) и (2) индивидуальный [13, с. 456] суверенитет подданства⁴.

Политический суверенитет воплощает принцип власти, корпоративный – порядка [13, с. 440], суверенитет подданства⁵ – принцип свободы [13, с. 437]. Вместе они образуют единый и цельный национальный суверенитет, воплощённый в фигуре «царствующего» правителя (отметим, что «царствовать» может и президент республики, речь не о монархических взглядах М. Ориу [13, с. 468]), олицетворяющего корпоративное единство [13, с. 469–470]. Судебная власть, как полагает М. Ориу, не является

по преимуществу [13, с. 37], властью политической и существует лишь «для провозглашения того, что соответствует положительному праву» [13, с. 37]. Судья является органом положительного права [13, с. 38–39], который начинает действовать исключительно в ситуации конфликта по поводу применения такого права к конкретному случаю или по поводу вопроса о соответствии таковому совершённых кем-то действий (бездействия) [13, с. 37]. В отличие от всех политических властей, власть юрисдикции существует вне пространства политической борьбы [13, с. 38] и не обладает инициативой для осуществления собственной власти [13, с. 38]. Кроме того, политическая власть не нуждается в судебной власти для выполнения своей функции⁶.

Таким образом, судебная власть мыслится как связанная позитивным законом, с одной стороны, и осуществляющая юстицию применительно к конкретному случаю – с другой [13, с. 39]. Тем не менее это не приводит французского правоведа к идее отрицания, к примеру, конституционной юстиции, как это имело место у одного из его последователей – Карла Шмитта. Напротив, для Мориса Ориу разделение суверенитета на правительственный (политический) и юридический призвано обеспечить верховенство права над политической властью, и полное осуществление конституционного строя предполагает необходимость существования сильной судебной власти [13, с. 29], которая в том числе обеспечит господство писаной конституции над законодателем через процедуру признания позитивных законов неконституционными [13, с. 39]. При этом «речь идёт не о снаряжении еще одной власти с целью бросить её в политическую борьбу, речь идёт наоборот о том, чтобы основать в государстве такую власть, которая стояла бы вне политической борьбы и

⁴ Когда Морис Ориу впервые касается разделения суверенитета на политический и юридический, он говорит не о суверенитете подданства, а о «власти согласия» (наряду с «властью юрисдикции» и «властью гарантии»), которая во многом составляет содержание последнего. Тем не менее, если мы обратимся к последующему, более подробному рассмотрению данного вопроса, мы с лёгкостью обнаружим, что суверенитет подданства не может быть политическим и отвечает всем признакам, которые французский правовед относит к юридическому суверенитету. В связи с этим мы полагаем возможным говорить о суверенитете подданства как о юридическом по своей природе.

⁵ Суверенитет подданства – это прежде всего «власть согласия»: «...свободные подданные могут проявлять свою свободу, добровольно принимая или отказываясь принимать приказы правительственной власти. Если они их не принимают, то они тем не менее подвергаются их действию, но если они принимают их, то они некоторым образом участвуют в них, а следовательно, имеют власть присоединения, которая даёт им долю участия в суверенитете, так как добровольно принятые приказы имеют большую силу, чем принудительно выполненные. Уже одно предполагаемое принятие закона подданными, вероятность коего вытекает из процедуры вотума законов, делает эти последние высшим источником права» [13, с. 36].

⁶ «Политические власти не нуждаются в нём (в суде. – В. К.) для исполнения их дела, и он совершенно не причастен к их деятельности, а потому он, останавливаясь сам, не может остановить их; он не может их связать ни своим вмешательством, ни своим воздержанием. [...] Власть судьи не является более политической властью в конституционном смысле слова; в области исполнительных актов, являющейся областью политической жизни, судья не играет более никакой роли, кроме как в отношении уже выполненных актов, являющихся мёртвыми актами. Как и первый из судей – Плутон, – нынешний судья заседает не в мире живых, но в царстве мёртвых» [13, с. 38].

высокий авторитет которой служил бы противовесом политике» [13, с. 29].

Проверка конституционности законов становится возможной, поскольку власть судьи проистекает напрямую из высшего [13, с. 462] суверенитета конституционного статута (корпоративного суверенитета), а не из политической власти и даже не из суверенитета подданства. Так же как судья является органом положительного права и отказывает в применении административных регламентов, когда они противоречат закону, он, будучи органом конституционного статута, может отказать и в применении закона, поскольку тот противоречит конституции [13, с. 451]. Это не делает его власть политической, поскольку он остаётся в пределах компетенции, очерченной для него правовым порядком [13, с. 451].

Иными словами, Морис Ориу рассматривает конституционную юстицию как естественное развитие судебной власти⁷, т. е. полагает её отвечающей всем признакам последней как сугубо юридической. Судебный конституционный контроль не требует обязательного создания отдельного специального органа, поскольку в конечном счёте каждый судья в той или иной мере осуществляет его [13, с. 481], и не превращает специализированный суд (в случае если таковой имеется) в гаранта и хранителя⁸ конституции (таковым является «царствующий» суверен. Что-то я не пойму, как могут сосуществовать суверен и суверенитет конституционного статута [13, с. 469]. Поскольку же судебная власть разрешает лишь конкретные дела, суд может судить о конституционности закона только применительно к конкретному спору, т. е. он вправе лишь отказать применять неконституционный закон [13, с. 481].

⁷ «Механизм признания неконституционности закона [...] создан, как естественное развитие судебной функции, как применение власти судьи толковать законы и разрешать конфликты между законами в том случае, когда имеются налицо различного ранга законы, и одновременно, в результате того юридического принципа, что законодательная власть ограничена, принципа, являющегося в свою очередь необходимым последствием наличия писаной конституции» [13, с. 480].

⁸ Хотя, без сомнения, механизм конституционного контроля со стороны суда направлен в первую очередь на обеспечение господства юридического суверенитета конституционного статута и ограничение политической власти [13, с. 480].

Из сказанного следует, что Морис Ориу является безусловным сторонником формалистской стратегии судебного толкования, поскольку утверждает, что (1) суд применяет норму к конкретному делу, используя для этого юридический силлогизм, и (2) основанием действительности его решения является позитивный закон или конституционный статут.

Тем не менее такой вывод был бы преждевременным, поскольку Морис Ориу принципиально не отвергает идею того, что судья может заниматься нормотворчеством. Так, он пишет, что возможно существование механизма материального признания неконституционности (наряду с формальной оценкой конституционности законов), подразумевающего за судьёй право устанавливать «по своему юридическому разумению» так называемые «органические законы», которые могли бы «вступать в конфликт с обыкновенными законами – хотя бы они и имели с этим последним одинаковую форму» [13, с. 481]. В этом случае «власть судьи опиралась бы на тот подразумеваемый принцип, рассматриваемый как часть общего конституционного права, в силу которого все основные институты данной страны должны находиться под защитой конституционного закона от посягательства законодателя» [13, с. 480]. Следовательно, М. Ориу признаёт возможность суда создавать общие нормы, равные по силе законам, т. е. выступать в качестве законодателя в ситуации защиты конституции. Вместе с тем Морис Ориу в данном случае не имеет в виду актуальную для своего времени ситуацию, но скорее формулирует модель, существование которой вполне допустимо с точки зрения разрабатываемой им институциональной теории.

Здесь мы должны указать на один небезынтересный момент: поскольку именно конституционный статут воплощает в себе организационный принцип института, установленный внутри него справедливый баланс и, в конечном счёте, его объективную идею⁹, постольку судебная власть должна стоять на принципах защиты установившегося порядка, а не развивать его.

⁹ Это так, поскольку именно статут является воплощением воли к сохранению бытия и организации института, его рамок и индивидуальности. Кроме того, он является выражением именно того корпоративного, что есть в институте (т. е. самой «институциональности») [13, с. 463].

Установление же судом «органических законов» не может не являться политическим действием, поскольку, если мы обратимся к сущностным признакам юридического суверенитета, перечисленным М. Ориу, то станет ясно, что суд выходит за его пределы и выступает как политический актор¹⁰. К сожалению, из-за отсутствия системной разработки данного вопроса французским учёным мы можем лишь высказать наиболее вероятное предположение о том, как данное затруднение может быть разрешено.

Возможно, что согласование этих двух воззрений может быть найдено в ситуации, когда судья, принимающий «органический закон» с целью ограничить власть законодателя, действует (а) в пределах компетенции, предусмотренной конституционным статутом и установившимся правом, и (б) толкует конституционный закон формально, не вкладывая в него принципиально новое, прежде неизвестное содержание; (в) стремится сохранить установившийся справедливый баланс, а не заменить его новым¹¹; (г) принимает решение в рамках конкретного дела, пусть даже и выведенные им из положений конституционного статута положения приобретают общенормативный характер. Однако такое объяснение не снимает проблемы того, что, по утверждению самого М. Ориу, установление законов (как и вообще любых общих норм положительного права) – это дело политического, а не юридического суверенитета [13, с. 450]¹².

Таким образом, мы можем определённо утверждать, что верховенству конституционного статута, являющегося основанием судебной власти, коррелирует ведущая роль «идеи» в институте как таковом. В этом отношении судья, пусть и опосредованно, стоит на защите установившегося справедливого баланса и определяющей его идеи государственного института. Этим продиктована столь значимая роль, отводимая юрисдикционной власти в учении Мориса Ориу,

и те вероятные ограничения, которые накладываются на судью, обладающего полномочием конституционного контроля: он всегда должен действовать в пользу установившегося порядка и существующего баланса, а не принимать политическое решение, фактически меняющее конституцию и правопорядок.

Проблема свободного судебного правосудия в классическом институционализме Санти Романо. Несмотря на то что Санти Романо (1875–1947) в ходе своих исследований несомненно вдохновлялся Морисом Ориу, разработанная им теория обладает рядом существенных отличий. Во-первых, Санти Романо методологически стремится строго придерживаться социологического позитивизма и не допустить в свои построения никаких моральных, метафизических элементов [9, р. 71–73; 11, р. 105, 145–146]. В связи с такой теоретической установкой под институтом он понимает реальную и эффективную, сверхличную социальную организацию, не сводимую к сумме конкретных социальных отношений [11, р. 68, 103–104] и включающую в себя различные правовые элементы: нормы, приказы, меры и т. д. (для Мориса Ориу не всякая социальная организация является институтом); во-вторых, Санти Романо отождествляет институт и правопорядок, что приводит его к правовому плюрализму, предполагающему сосуществование различных порядков [11, р. 128, 139–141 etc.] (Морис Ориу, напротив, представляет «монистический» институционализм [2, р. 48]). При этом указанные порядки могут как существовать параллельно, так и быть соподчинены или иным образом взаимосвязаны друг с другом [11, р. 151–153].

Соответственно, для Санти Романо институт (правопорядок) – это факт социальной организации¹³, который с юридической точки зрения не может оцениваться как правильный или неправильный – учитывающий некую трансцендентно заданную сферу свободы индивидов, или игнорирующий её. Для итальянского право-

¹⁰ Напомним хотя бы, что даже в сравнении с исполнительной властью, также лишь применяющей законы, судьи обладают ещё меньшей политической составляющей, поскольку не имеют «регламентирующей власти», а занимаются лишь «обеспечением применения установленного права» [13, с. 452].

¹¹ В этом смысле юридический суверенитет означает господство установившегося права над устанавливаемым правом [13, с. 450].

¹² При этом М. Ориу продолжает настаивать, что контроль судьи является только «юридическим» [13, с. 467].

¹³ К. Фаралли утверждает, что Санти Романо не предлагает критерия отделения институциональных форм сосуществования от всех прочих динамических социальных образований, таких, к примеру, как очередь [3, р. 394]. Представляется, однако, что таковые критерии у С. Романо обнаружить можно: это внутренняя дисциплина, устойчивость и эффективное объединение конкретных людей.

веда это вопрос морального суждения, который юридически не имеет значения для квалификации конкретной социальной организации как юридической. В этом смысле факт внутренней дисциплины такой социальной общности как мафия позволяет говорить о ней как о правовом порядке, противостоящем или, во всяком случае, не зависимом от государственного порядка, вопрос же оценки этической составляющей выносится Санти Романо за скобки строго юридического взгляда на проблему.

Задаваясь вопросом о стиле судебной аргументации, следующем из теории Санти Романо, мы должны обратить внимание в первую очередь на плюралистический характер его концепции, который, с одной стороны, снимает проблему пробельности конкретного порядка (если некоторые отношения не урегулированы данным правом, то вполне возможно, что они урегулированы другим) [3, р. 80], а с другой – замыкает судью в рамках того института, который придает действительность его решениям. Иными словами, если речь идет о судьбе государственного суда, то он, чтобы его решения не рассматривались как незаконные, будет действовать исключительно в пространстве государственного правопорядка. В то же время сложные взаимосвязи институтов (международного и национального права, светского и церковного права и т. д.) приводят к частичному пересечению порядков друг с другом. Таким образом, судья может обратиться к правовым элементам другого института в том случае, если порядок, с которым он институционально связан, признает и инкорпорирует такие элементы¹⁴. Вместе с тем, поскольку в институт в качестве его элементов включены не только правовые нормы, то принципиально ничто не мешает судье обратиться к иным, чем нормы права, элементам такого порядка.

С. Романо называют, и не без основания, «банальным формалистом» и адептом «интерпретационного когнитивизма» [8, р. 84]. Это связано с тем, что в своих трудах итальянский правовед определяет интерпретацию в первую очередь как познавательную, а не волевою де-

ятельность [9, р. 119], говорит о толковании как об «отражении действующего права в разуме тех, кто стремится его познать» [9, р. 120]. То, что в такое познание вторгаются субъективные элементы, является просто чем-то неизбежным, продиктованным несовершенством человеческого разума, что не делает такие элементы основными атрибутами акта толкования [9, р.121]. Последний направлен на выявление истинного содержания права, в этом отношении доступен каждому судье и должен приводить к одинаковым результатам [8, р. 82]. Соответственно, «свободное толкование» закона судьей, в том числе «эволютивное» толкование, – это *contradictio in adiecto*, поскольку подразумевает не интеллектуальный, а волевой акт, т. е. это уже не интерпретация, а создание новых норм [10, р. 307]. При этом хотя осуществление юстиции сводится С. Романо к обязательному для конкретных лиц в конкретном деле когнитивному толкованию закона судом [10, р. 307], ему совершенно безразлично, обладает ли реальный суд полномочием создавать общие правовые нормы, он нападает скорее на способ, с помощью которого нормотворческую компетенцию судебной власти пытаются замаскировать разнообразием толкования (эволютивного, реалистического или какого-либо иного) [8, р. 83].

Столь строгий подход к процессу толкования права в сочетании с метанормативной, плюралистической институциональной теорией порождает проблему их сочетаемости. Санти Романо выходит из этой дилеммы, устанавливая различие между толкованием закона (*della legge*) и толкованием правопорядка (*dell'ordinamento*) [8, р. 84]. Закон является статическим элементом и как таковой неизменен [9, р. 123]. В связи с этим его толкование всегда будет одним и тем же, если используется правильный метод. Порядок же, в отличие от закона, находится в постоянном движении и развитии. Поэтому толкование порядка, хотя и является познавательной деятельностью, но в силу эволюции самого объекта познания выводы могут казаться эволютивными. Иными словами, Санти Романо утверждает, что «динамичного» толкования не существует, есть лишь толкование эволюционирующего порядка [9, р.122]. Поскольку же природа юридической интерпретации как познавательного акта не изменяется, «эволюция» результата толкования

¹⁴ Партикулярным подтверждением такого взгляда может служить длинное рассуждение Санти Романо об «обратной отсылке» (*reprovi*) в связи с соотношением государственного и международного правопорядков [8, р. 93–94; 11, р. 160, 171–173].

связывается не с методом, которым оно осуществляется, а с объектом, на который оно направлено: он будет статическим, если речь идет о толковании закона, и динамическим в случае толкования порядка. В этом отношении от судьи, интерпретирующего порядок, требуется лишь большая деликатность и внимательность, он не должен действовать произвольно. Он должен вскрывать основы положительных законов, прояснять те принципы, которые выражены в них лишь смутно [10, р. 19, 90].

Основная сложность заключается в том, что выделение в качестве самостоятельной разновидности интерпретации права «толкования порядка» не снимает основную проблему, поскольку потенциально совершенно непонятно, что именно интерпретируется в данном случае. Вполне очевидно, что толкование порядка необходимо включает в себя и толкование конкретных нормативных положений. Подлинную сложность создают входящие в структуру института неписанные источники права, такие как (1) фундаментальные или общие, т. е. проистекающие из самой институциональной природы государства, принципы (*principii generali o fondamentali*) [10, р. 19, 90]¹⁵; (2) обычай (*consuetudine*) [10, р. 90–91] и (3) необходимость (*necessità*) [10, р. 92]. Формального же метода толкования таких источников Санти Романо разработать не удалось [8, р. 102–108].

Следовательно, способ разрешения проблемы толкования, предложенный С. Романо, т. е. смещение фокуса с характера метода на специфику объекта, хотя и является остроумным, однако не разрешает проблему по существу. Это связано с тем, что Санти Романо не был предложен признанный метод выявления общих принципов, содержания обычаев и т. д., а также критерии определения неписанных источников права, не говоря уже о том, что сами эти «неписанные» источники права предполагают вторжение в смутную для формального познания область социальных реалий и ценностей, существующих в общественной практике и коллективном сознании [8, р. 105, 109–111, 113]. Соот-

ветственно, выбор таких критериев не является актом познания, а определяется в конечном счёте волевым актом судьи.

Заключение

Итак, Морис Ориу, называя судью лишь органом позитивного права, полагает, тем не менее, что такой орган вполне может (пусть и гипотетически) создавать законы («органические законы»), способные конкурировать с парламентскими актами. Это говорит о достаточно широком понимании им значения в правопорядке суда и юстиции, которая служит, с точки зрения французского правоведа, умирению политических властей, сама при этом не выступая в качестве субъекта политической власти. Такая позиция, возможно, связана с тем, что важную роль в учении Мориса Ориу играет представление о современном конституционном режиме как о высшей форме развития государства как института и, кроме того, с естественно-правовым по своей природе (т. е. тоже в известной мере «ценностным») ключевым элементом института – идеей.

Что же касается Санти Романо, то его последовательно позитивистская методология в сочетании со строгим определением юстиции и толкования, позволяют ему избежать идеологизации. Итальянский правовед, признавая наличие разнообразных неписанных источников права и утверждая плюрализм правовых порядков, исходит из формалистского представления о природе толкования и юстиции. Впрочем, как и Морис Ориу, Санти Романо принципиально не отрицает возможности наличия у суда полномочий по созданию общих норм, хотя и не считает такую деятельность юстицией в строгом смысле, выводя за пределы формалистски понимаемого им судейского толкования.

При этом со стратегической точки зрения важно, что, как в институционализме Мориса Ориу, так и в институционализме Санти Романо, судья оказывается встроенным в конкретный институциональный порядок, который накладывает на него ограничения. Ни в той, ни в другой из рассмотренных версий институционализма судья не изымается из порядка, не становится его исключительным творцом (как, например, у современного конституционалиста М. Тропера) [16, с. 50–61] или слугой безличной нормы, но действует в тех пределах, которые этот порядок для него устанавливает.

¹⁵ Следует подчеркнуть, что речь идёт не о тех конституционных принципах, которые выражены в тексте Конституции или выводятся из него путём системного толкования, но принципах, проистекающих из самой институциональной природы государства. Интересно, что такие «скрытые» конституционные принципы обладают большим значением, чем явленные в тексте конституции [10, р. 90].

Список литературы

1. *Auburtin A.* Amerikanisches Rechtsauffassung und die neueren amerikanischen Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. – 1933. – № 3. – S. 529–567.
2. *Croce M., Salvatore A.* The Legal Theory of Carl Schmitt. – Abingdon: Routledge, 2013. – 213 p.
3. *Faralli C.* Chapter 11 Legal Philosophy in Italy in the 20th Century // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence / ed. E. Pattaro, Roversi – Dordrecht: Springer, 2016. – P. 369–410.
4. *Fontanelli F.* Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations // Transnational Legal Theory. – 2011. – Vol. 2. – Iss. 1. – P. 67–117.
5. *Hauriou M.* The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism / Transl. from French by M. Welling / The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos / Ed. by A. Broderick. – Cambridge: Harvard University Press, 1970. – P. 93–124
6. *Jennings W. I.* The Institutional Theory / Modern Theories of Law / Ed. by W.I. Jennings. – London: Oxford University Press, 1933. – P. 68–85.
7. *Kahn P. W.* Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination. – New Heaven, London: Yale University Press, 2019. – 344 p.
8. *Pedrini F.* Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico // Jura Gentium. – 2018. – Vol. XV. – № 21. – P. 79–113.
9. *Romano S.* Frammenti di un dizionario giuridico. – Milano: A. Giuffrè, 1947. – 251 p.
10. *Romano S.* Principii di diritto costituzionale generale. – Milano: A. Giuffrè, 1946. – 335 p.
11. *Romano S.* The Legal Order. – London: Routledge, 2017. – 179 p.
12. *Кондуров В. Е., Краевский А. А.* Правовые институты и нормы: проблема действительности и действенности права в юридическом институционализме // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. – 2019. – Т. 14. – № 6. – С. 95–144.
13. *Ориу М.* Основы публичного права / пер. с фр. Е. Пашуканиса, Н. Челяповой. – Москва: Инфра-М, 2013. – 572 с.
14. *Тимошина Е. В.* Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. – 2017. – № 12. – С. 1–13.
15. *Тимошина Е. В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. – 2018. – Том. 13. – № 1. – С. 73–102.
16. *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.
17. *Тимошина Е. В., Васильева Н. С.* Общая теория судебного метода и стили судебной интерпретации в правовой концепции А. Росса // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. – 2016. – № 4. – С. 113–128.
18. *Туманов В. А.* Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. – Москва: Наука, 1971. – 381 с.
19. *Чечот Д. М.* Избранные труды по гражданскому процессу. – Санкт-Петербург: Издательский дом Санкт-Петербургского университета, Издательство юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 2005. – 616 с.
20. *Шмитт К.* Гарант Конституции // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова. – Москва: Издательский дом «Территория будущего», 2013. – С. 27–220.
21. *Штолляйс М.* Око закона. История одной метафоры / пер. с нем. А. В. Доронин. – Москва: Российская политическая энциклопедия, 2012. – 88 с.

References

1. *Auburtin A.* Amerikanisches Rechtsauffassung und die neueren amerikanischen Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.* – 1933. – № 3. – S. 529–567.
2. *Croce M., Salvatore A.* The Legal Theory of Carl Schmitt. – Abingdon: Routledge, 2013. – 213 p.
3. *Faralli C.* Chapter 11 Legal Philosophy in Italy in the 20th Century // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* / ed. E. Pattaro, C. Roversi– Dordrecht: Springer, 2016. – P. 369–410.
4. *Fontanelli F.* Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations // *Transnational Legal Theory.* – 2011. – Vol. 2. – Iss. 1. – P. 67–117.
5. *Hauriou M.* The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism / Transl. from French by M. Welling // *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos* / Ed. by A. Broderick. – Cambridge: Harvard University Press, 1970. – P. 93–124
6. *Jennings W. I.* The Institutional Theory // *Modern Theories of Law* / Ed. by W.I. Jennings. – London: Oxford University Press, 1933. – P. 68–85.
7. *Kahn P. W.* Origins of Order. Project and System in the American Legal Imagination. – New Heaven, London: Yale University Press, 2019. – 344 p.
8. *Pedrini F.* Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul “metodo” nel diritto pubblico // *Jura Gentium.* – 2018. – Vol. XV. – № 21. – P. 79–113.
9. *Romano S.* Frammenti di un dizionario giuridico. – Milano: A. Giuffre, 1947. – 251 p.
10. *Romano S.* Principii di diritto costituzionale generale. – Milano: A. Giuffre, 1946. – 335 p.
11. *Romano S.* The Legal Order. – London: Routledge, 2017. – 179 p.
12. *Kondurov V. E., Kraevskij A. A.* Pravovye instituty i normy: problema dejstvitel'nosti i dejstvennosti prava v yuridicheskom institucionalizme // *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS.* – 2019. – T. 14. – № 6. – S. 95–144.
13. *Oriu M.* Osnovy publichnogo prava / per. s fr. E. Pashukanisa, N. CHelyapovoj. – Moskva: INFRA-M, 2013. – 572 s.
14. *Timoshina E. V.* Metodologiya sudebnogo tolkovaniya: genezis i evolyuciya realisticheskogo podhoda // *Pravo i politika.* – 2017. – № 12. – S. 1–13.
15. *Timoshina E. V.* Metodologiya sudebnogo tolkovaniya: kriticheskij analiz realisticheskogo podhoda // *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS.* – 2018. – Tom. 13. – № 1. – S. 73–102.
16. *Timoshina E. V.* Sud'ya kak novyj suveren: volyuntaristskaya teoriya tolkovaniya Mishelya Tropera // *Vestnik Rossijskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki.* – 2016. – № 2. – S. 50–61.
17. *Timoshina E. V., Vasileva N. S.* Obshchaya teoriya sudebnogo metoda i stili sudebnoj interpretacii v pravovoj koncepcii A. Rossa // *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS.* – 2016. – № 4. – S. 113–128.
18. *Tumanov V. A.* Burzhuaznaya pravovaya ideologiya. K kritike uchenij o prave. – Moskva: Nauka, 1971. – 381 s.
19. *Chechot D. M.* Izbrannye trudy po grazhdanskomu processu. – Sankt-Peterburg: Izdatel'skij dom Sankt-Peterburgskogo universiteta, Izdatel'stvo YUridicheskogo Fakul'teta Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta, 2005. – 616 s.
20. *Shmitt K.* Garant Konstitucii // *SHmitt K. Gosudarstvo: Pravo i politika* / per. s nem. i vstup. st. O.V. Kil'dyushova. – Moskva: Izdatel'skij dom «Territoriya budushchego», 2013. – S. 27–220.
21. *Shtollyais M.* Oko zakona. Istoriya odnoi metafory / per. s nem. A.V.Doronin. – Moskva: Rossiiskaya politicheskaya entsiklopediya, 2012. – 88 s.

Статья поступила в редакцию 30.09.2020 г.