

ОНОМАСТИЧЕСКИЙ СОФИЗМ:
ИЗМЕНЯТЬ, А НЕ ПОЗНАВАТЬ
(О ТОЛКОВАНИИ КОНСТИТУЦИИ) *

О. ПФЕРСМАНН **



Пферсманн Отто (Pfersmann Otto),
профессор Университета
Париж 1 Сорбонна

В настоящей статье автор возвращается к полемике, связанной с реалистической теорией толкования. Изучая тезис этой теории о тождестве толкования права и применения права, автор доказывает, что смешение этих двух разнородных явлений основано на некорректном использовании термина «толкование». В статье предлагается выделять как минимум шесть смыслов этого термина, каждый из которых должен применяться с учетом контекста. Некритическое смешение этих смыслов дает возможность сторонникам реалистической теории толкования конструировать толкование как понятие, не имеющее четких смысловых границ. Этот прием автор называет ономастическим софизмом, т. е. риторическим приемом, основанным на предположении единства смысла термина, взятого в разных контекстах. Автор опровергает тезис реалистов о том, что значение правовых текстов непознаваемо, путем указания на непоследовательность этого тезиса в системе принципов данной теории, где предполагается возможность наделения значением таких текстов через юрисдикционный акт. В целом реалистическая теория толкования, по убеждению Пферсманна, направлена на то, чтобы обосновать изменения конституции через судебскую аргументацию в обход установленного в тексте конституции порядка.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: конституция, толкование права, юрисдикционный акт, реалистическая теория толкования, судебское усмотрение, конституционное толкование.

PFERSMANN O. AN ONOMASTIC SOPHISM: TO CHANGE, AND NOT TO KNOW
(ABOUT CONSTITUTIONAL INTERPRETATION)

The author of this article restarts the polemics around the realist theory of interpretation. Examining the thesis of this theory about identity of legal interpretation and jurisdictional decision-making, the author proves that confusion between these two

* Pfersmann O. Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution // L'interprétation constitutionnelle / ed. F. M. Soucrarnamien. Paris, 2005. P. 33–60.

Перевод с франц. М. В. Антонова.

© O. Pfersmann, 2005

© М. В. Антонов (перевод), 2012

E-mail: mantonov@hse.ru

different phenomena is based on incorrect use of the term «interpretation». In the article are discussed six meanings of this term, at least present in legal interpretation, and each meaning must be used in the appropriate context. Undue confusion between these meanings enables the partisans of the realist theory of interpretation to construct «interpretation» as a notion without clear conceptual limits. This argument is designated by the author as an onomastic sophism, as a rhetoric stratagem based on the idea that a term has the same meaning in different contexts. The author repudiates the thesis forwarded by the realists that it is impossible to cognize meaning of legal texts, and draws on the incoherence of this argumentation which lastly recognizes a possibility to attribute a meaning through a judicial decision. In general, as O. Pfersmann argues, the realist theory of interpretation intends to justify changes in constitution through judicial argumentation without considering the order prescribed by the constitution for changes and amendments.

KEYWORDS: constitution, legal interpretation, jurisdictional act, realist theory of interpretation, judicial discretion, constitutional interpretation.

Несмотря на большое количество публикаций, семинаров и коллоквиумов, дела с толкованием юридических текстов сегодня обстоят плохо. Еще худшая ситуация складывается с толкованием Конституции,¹ и вот почему. Термин «толкование» некритично используется для обозначения совершенно разных мыслительных операций. Среди таких операций наиболее простой (а по нашему мнению и в силу приводимых ниже причин — и наиболее важной), хотя некоторыми она и провозглашается невозможной и безынтересной) является мыслительная операция по установлению значения того множества высказываний, которые образуют формальную конституцию той или иной системы права. Вместо того чтобы сконцентрировать внимание на этой достаточно сложной задаче, некоторые требуют от «толкования» ответа на вопрос о том, как разрешать конкретные дела. Отдельные теоретики утверждают, что решение конкретных дел и означает «толкование» конституционных текстов. Подобное смешение слов и понятий служит основой для софизма. Этот софизм заключается в утверждении, согласно которому якобы невозможно изучать значение, поскольку применительно к толкованию речь идет о чем-то другом (не об изучении значения), и толкование подразумевает нечто иное, поскольку слово «толкование» можно понимать по-разному. В конечном счете, подобные концепции толкования направлены на обоснование изменений в конституции, вводимых помимо процедур, предусмотренных для этих целей.

Демонстрация того, как функционирует механизм толкования, требует некоторых предварительных и кратких оговорок. Здесь мы будем заниматься только вопросом толкования формальной конституции. Мы будем схематично говорить о тех случаях, когда: 1) некое множество норм (действительность которых не зависит от действительности других норм и которые уже были установлены в качестве составной части рассматриваемой конкретной системы права)² определяет условия действительности

¹ Слово «Конституция» пишется нами с прописной буквы только в тех случаях, когда речь идет о конституции той или иной конкретно названной системы права (Конституция Франции, США, Германии и т. п.); во всех остальных случаях слово «конституция» пишется со строчной буквы. Эта первая в тексте отсылка к «Конституции» подразумевает Конституцию Франции.

² Если мы хотим избежать натурализации права, то действительность этого множества норм может лишь постулироваться или предполагаться. Как известно, такая

других норм этой системы; 2) это множество норм выделяется на фоне других норм, помимо прочего за счет способа создания этого множества, т. е. за счет его специфической формы.³ Некая система права может не иметь формальной конституции. Также возможно (по меньшей мере, теоретически), что формальная конституция не облечена в форму текста. С учетом этих оговорок мы ограничим наше последующее изложение только замечаниями о писаных формальных конституциях, которые сегодня встречаются чаще всего.⁴

Образующие формальную конституцию тексты зачастую имеют свои особенности. Именно эти тексты дают повод для предположений о том,

гипотеза называется Кельзеном «основной нормой». Она не подразумевает какого-либо морального подтекста рассматриваемой системы и служит исключительно для определения объекта исследования. Ср.: *Kelsen H.* 1) *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925. S. 249 usw.; 2) *Reine Rechtslehre*. 2 Aufl., Wien, 1960. S. 196 usw. — О развитии теории основной нормы см.: *Walter R.* *Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm* // *Walter R.* *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. Wien, 1992. S. 47 usw.

³ Здесь мы, очевидно, сталкиваемся с концептуальной проблемой, касающейся определения конституции, поскольку понятие «конституция» должно быть независимо от того названия, которое носит тот или иной документ в данном правовом порядке. Для целей настоящей работы мы будем придерживаться иерархического критерия (действительность норм конституции не зависит от других норм) и формального критерия (нормы конституции создаются согласно особой процедуре — более сложной, чем процедура создания других общих и абстрактных норм). В систему конституционных норм наряду с материальной конституцией (положением о создании общих и абстрактных норм) могут входить и другие элементы. А сама материальная конституция может отчасти быть отнесена к иной разновидности норм. При этом не может быть расхождения между этими двумя разновидностями конституционных норм, поскольку такое расхождение означало бы возможность создания любой нормы за пределами данной специфической категории (*Pfersmann O.* *La notion de constitution* // *Droit constitutionnel* / ed. L. Favoreu. Paris, 2004). Здесь мы будем говорить исключительно о тех текстах, объектом которых является эксплицитная организация процесса создания права на высшем уровне (когда создание и изменение норм, выражаемых этими текстами, не зависит от каких-либо иных правовых установлений). Кроме того, мы ограничимся теми установлениями, процесс создания которых организован особым образом — так, что требуется соблюдение намного более сложных процедур, чем процедуры, требуемые для создания иных норм (формальная конституция).

⁴ Очевидно, что за счет этого мы исключим из рассмотрения проблемы, связанные с Великобританией, где до настоящего времени нет иной правовой категории, которая была бы выше формального закона, в связи с чем вся материальная Конституция этой страны включена в массив парламентского законодательства. Очевидно, есть вероятность того, что некоторые авторы или некоторые юрисдикционные органы будут рассматривать определенные нормы в особом ракурсе; но такие рассуждения не основаны на эксплицитном содержании британской системы права. Даже Акт о правах человека (*Human Rights Act*) есть не что иное, как обычный закон, который может в любой момент быть изменен или отменен Парламентом. При этом юрисдикционные органы не могут аннулировать те нормы законодательства, которые явно входят в противоречие с Актом о правах человека; эти органы могут лишь вынести декларацию о несовместимости. Кажется, более сложная ситуация складывается с Израилем, который пока не принял формальную конституцию, однако определенные законы там рассматриваются в качестве основных, а Верховный Суд упоминает нормы этих законов как конституционные нормы или как основные права человека. <...> Несомненно, данный случай представляет особый интерес, но он касается совершенно иных проблем. Если изначально исходить из того, что судья гипотетически не может ссылаться на такое множество правовых высказываний, которое должно иметь особый нормативный статус, то мы не занимаемся проблемой толкования, поскольку подобных высказываний в рассматриваемой системе не существует. В то же время стоит задаться вопросом о том, каковы нормативные полномочия судьи и как можно объяснить правовую систему Израиля через систему нормативных категорий.

что их толкование имеет иную природу, чем толкование иных юридических текстов. Здесь представляют особый интерес четыре аспекта: идеологический характер, неопределенность, туманность и общность. Вместо четкого и эксплицитного прочтения условий для наступления нормативных последствий (эти условия выражены в форме гипотетических норм) формальные конституции зачастую обращаются к представлениям об общественном благе или к некоему политическому идеалу; они в сжатом виде выражают те идеологии, к которым примыкали авторы этих конституций. Такие конституции выражаются в очень неопределенной форме — они не признают в четком виде этот идеологический выбор и не отвергают напрямую те идеологические установки, которые были исключены или которые желательно исключить в будущем. Речь идет о такой форме, применительно к которой не всегда легко определить, каковы юридически допустимые варианты выбора и где таких вариантов вообще нет. Наконец, зачастую трудно определить область применения подобных конституций. Как правило, рассматриваемые тексты нередко формулируются при помощи очень общих терминов, которые охватывают огромную сферу различных вариантов применения.

По сравнению с более четкими текстами (т. е. такими, которые более ясно выражены в своей гипотетической форме и содержание которых является более конкретным и определенным, а пределы действия — более ясными, более разработанным в том, что касается определения адресатов и нормативного содержания), формулировки конституционных норм по определению не могут дать достаточных указаний ни на их четкое значение, ни на применимость к конкретным случаям. Вместе с тем различие между конституционными нормами и нормами законодательства не качественное, а количественное и структурное. Вышеназванные свойства имеются (в разной степени) в любых формулировках норм; просто в конституционных текстах эти свойства выражаются наиболее полно. Но при этом мы по-прежнему имеем дело с нормами.

Речь по определению идет о тех нормах, которые определяют действительность других норм, но по отношению к которым в системе права не существует никакой иной нормы, определяющей их юридическую действительность, по меньшей мере при создании конституции, поскольку действительность конституционных поправок, очевидно, определена нормами конституции. Естественно, из этого следует, что эти нормы преимущественно закрепляют правомочие на создание нормы, и что это не нормы в строгом смысле слова (предложения, связывающие нарушения с санкциями). Поэтому есть разные точки зрения по поводу места, которое конституционные и законодательные нормы занимают в структуре системы права. Однако это не качественное различие в собственном смысле этого термина. Различие в уровне и в иерархическом положении на самом деле способно привести к возникновению особых проблем с толкованием этих норм, но в таком случае основным вопросом будет именно вопрос о природе толкования. Иными словами, специфика толкования конституции заключается не в том, что такое толкование обращается к иным методам, и не в том, что оно имеет дело с совершенно иными объектами по сравнению с теми, с которыми работает «обычный» толкователь права. Эта специфика заключается в том, что конституция определяет динамическую структуру правового порядка.

Отсюда следует, что изучение конституции является банальной, но очень важной задачей науки о праве. Нет никакой возможности выполнить такую задачу, если нет возможности анализировать значение тех высказываний, которые составляют формальную конституцию. Как ни

парадоксально, но именно такую невозможность пытаются доказывать авторы некоторых утверждений, касающихся «толкования». Применение подобных утверждений приводит к неконституционным изменениям в конституции.

Чтобы четче увидеть это, следует: 1) провести границу между различными понятиями, выражаемыми при помощи словосочетания «толкование конституции»; 2) проанализировать онтологические аргументы и способы их обоснования с помощью ономастического⁵ софизма; 3) исследовать способы использования этого софизма для изменения конституции.

1. РАЗЛИЧИЯ: ОДНО СЛОВО ДЛЯ ШЕСТИ ПОНЯТИЙ

В более общем и более широком смысле толкование предполагает отношение между двумя множествами: исходное множество образовано из знаков (*interpretandum*), а результирующее множество (*interpretans*) образовано из тех действий, к которым относится *interpretandum*, независимо от способа этого отношения. Толкование состоит в отсылке либо к исходному множеству, либо к результату такой отсылки. С формальной и материальной точек зрения способы отсылки к тому или иному множеству знаков могут быть весьма различны в зависимости от степени определенности *interpretans* и от средства, через которое осуществляется отсылка. В формальном аспекте толкование вписывается в интервал, границы которого обозначены, с одной стороны, простым упоминанием *interpretandum*, а с другой — строгим соответствием по отношению к *interpretandum*. В материальном аспекте *interpretans* может состоять в любом акте, достаточном для формальной отсылки. Речь может идти о некоем тексте или о создании знаков в общем, о некой игре или о любой более или менее скоординированной последовательности действий.

В современной литературе термин «толкование» используется как минимум в шести разных значениях, причем обозначаемые данным термином объекты могут быть связаны между собой. Спор о толковании в немалой степени связан с путаницей между этими гипотетическими значениями.⁶

⁵ Прилагательное, производное от греч. *onomastikys* — относящийся к наименованию.

⁶ Свежий пример подобной путаницы можно найти в замечательной работе Бенуа Фридмана (*Frydman B. Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique. Bruylant, 2005. P. 15*): «Толкование права в собственном смысле этого термина состоит в определении смысла текста для уточнения границ действия правила в контексте его применения. В более широком смысле толкование обозначает любую форму юридического мышления, которая приводит к разрешению того или иного дела или к открытию того или иного правила независимо от того, делается ли при этом отсылка к некому тексту. Поэтому толкование является центральной проблемой юридической мысли». Проводя условную границу между двумя смыслами термина «толкование», автор совершенно упускает это деление в последующем изложении. В конечном счете, его концепция толкования в широком смысле включает в себя и юридическую, и политико-правовую аргументацию. В том, что Фридман называет «собственным смыслом толкования права», объяснение смешивается с применением или, если говорить точнее, с рассуждениями юрисдикционного органа. Такое смешение в особенности характерно для работы Роберта Алекси «Юридическое толкование» (*Alexy R. Juristische Interpretation // Alexy R. Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt/M., 1995. S. 71–92*). По мнению этого автора, толкование есть научная дисциплина, связанная с «пониманием лингвистических выражений» (*Ibid. S. 72*). В то же время толкование

Отношение между двумя указанными выше множествами может состоять в: а) объяснении; б) применении (если *interpretandum* понимается как нормативная схема для конкретных действий); с) создании (если формирование нового объекта опирается на элементы *interpretandum*).

1.1. ПОЗНАВАТЬ

В первом из выявленных смыслов речь идет об *определении значения* множества высказываний, через которые выражаются нормы права. Здесь мы говорим о семантическом понятии толкования, или о толковании в строгом смысле слова.⁷ Толкование есть особое упражнение, цель которого — установление отношений между лингвистическим фактом (в качестве опоры) и тем, к чему этот факт отсылает. Если такое отношение возможно, то речь идет о научной деятельности, которой предъявляются требования критичной объективности и методологического обоснования, поскольку любой вид научной деятельности предполагает подобные требования. Так понимаемое толкование позволяет установить, что может или должно (либо не должно) быть сделано при определенных обстоятельствах. В зависимости от результатов подобной мыслительной операции мы, вероятно, придем к констатации некоего действия либо множества действий, между которыми будет можно или нужно сделать выбор. Исключением является только один случай: когда толкование приводит к единственному результату и тем самым не оставляет места для выбора «правильного» действия среди множества правомерных или альтернативно обязательных действий. Такие случаи будут встречаться тем реже, чем более туманными и неопределенными будут высказывания.

Семантическое понятие толкования — лишь вид толкования как установления значения. Традиционная теория права оперирует здесь различием между «буквальным смыслом» и другими «смыслами», которые выявляются в результате иного рода рассуждений (например, ввиду той «цели», которую преследовал законодатель, либо ввиду его «намерения», заданного на момент издания текста). Существует неоднозначная связь между тем, что желает сказать некий текст, и теми случайными соображениями, которые авторы данного текста могли иметь в виду при его формулировании. В действительности возможна и часто возникает ситуация, в которой значение некоего текста нельзя выявить без дополнительной информации. В такой ситуации значением будет просто то, что вся имеющаяся информация позволяет установить в качестве основы того множества

объявляется и практической деятельностью, поскольку речь идет «о том, что обязательно, запрещено или дозволено в системе права, о том, на что управомочивает эта система. Для характеристики подобной деятельности мы можем использовать также термин “нормативная” вместо “практическая”» (Ibid. S. 73). То, что все это означает, становится ясно, когда Алексис рассуждает о методах толкования. Он полагает, что эти методы должны предложить только одно решение для дела, и делает из этого вывод: те аргументы, которые он квалифицирует как «институциональные», не позволяют прийти к такому результату, и поэтому они должны быть дополнены «общими практическими» аргументами, т. е. теми, которые связаны с нравственными суждениями (Ibid. S. 88).

⁷ Используемые словесные обороты, очевидно, имеют лишь чисто конвенциональный характер. Здесь также можно использовать любое другое слово при условии, что референт такого слова установлен с надлежащей точностью. Наша основная цель двояка: 1) показать, каковы же те понятия, по отношению к которым обычно некритично используется термин «толкование»; 2) продемонстрировать, что на самом деле речь идет о разных понятиях.

высказываний, которое является объектом толкования. Однако здесь вполне вероятно (и такое зачастую случается), что в нашем распоряжении не окажется ничего, кроме весьма расплывчатого представления о том множестве представлений, которыми могли бы руководствоваться авторы при составлении рассматриваемого текста. В этой ситуации более чем вероятно (и часто происходит именно так), что мы получим массу идей, которые не имеют прямого отношения к главной идее текста. Редакторы того или иного правового установления могли думать, что оно никогда не будет применено. Они могли надеяться на то, что адресаты этого установления поймут его совершенно иначе по сравнению с буквальным текстом. Такие действия авторов могут объясняться тем, что они не хотели столкнуться с возражениями, которые могли бы помешать принятию других правовых установлений. В крайнем случае их намерение могло состоять просто в том, чтобы не делать такой текст юридически обязательным и надеяться на то, что адресаты такого текста никогда к нему не обратятся. Однако такие намерения никогда не выражаются, по меньшей мере их не имеется ни в тексте, ни в контекстуальных данных, которые позволяют понять текст. Если такие намерения все же в достаточной степени задокументированы, то по этим свидетельствам можно понять, что текст, который означает S, был принят лицами, которые желали, чтобы данный текст никогда не применялся. Но даже если бы это намерение можно было установить со всей очевидностью, то из этого никак не следовало бы, что текст имеет какое-то иное значение, кроме семантического. Поэтому сложность в конструировании семантической концепции толкования состоит в отграничении тех элементов, которые имеют отношение к значению, от тех элементов, которые относятся к иным данным, касающимся текста, но не связанным с его «значением». Принимая во внимание то, что понятие «значение» само по себе достаточно оживленно обсуждается в философии языка и в лингвистике, нетрудно увидеть, что оно более чем условно.

В этом аспекте важно именно выявляемое значение, а не какой-то иной элемент, касающийся текста. Действительно, как могли быть выявлены какие-либо иные элементы? Это могло произойти либо в результате разрыва между действительным значением тех или иных знаков и намерением говорящего довести до сведения адресата определенное послание, либо вследствие наложения некоего значения, заданного извне, на значение тех выражений, которые в действительности были использованы. Данный аспект требует от нас нескольких коротких ремарок касательно контекстуальных и нормативных элементов.

В качестве примера разрыва между значением знаков и намерением говорящего обычно приводят деление между прагматическим и семантическим аспектами,⁸ которое особенно четко акцентировано в теории Грайса

⁸ Это известнейшее и весьма проблематичное деление было введено Чарльзом Моррисом (*Morris C. Foundations of the Theory of Signs // International Encyclopedia of Unified Science / eds. R. Carnap et al. Vol. 2. Chicago, 1938; переиздано в: Morris C. Writings on The General Theory of Signs. Paris, 1971*). Подобный демарш, в свою очередь, может быть осуществлен разными способами. Одни из таких способов будут, как в теории Морриса, принципиально привязаны к фактическим элементам той ситуации, в которой было произнесено высказывание. Другие способы будут основаны на констатации того, что само по себе высказывание иногда может представлять собой действие, а не описание (истинное или ложное) действительности. Естественно, что юридические высказывания в этом смысле являются языковыми актами, цель которых состоит вощерении или подавлении определенных поведенческих привычек. Здесь в качестве

и подобных ей теориях.⁹ Истинным толкованием будет такое, которое реконструирует не только смысл сформулированных выражений, но и «намерения» их авторов.¹⁰ Если нам известно значение σ выражения p , а также то, что в ситуации S автор был настроен иронично и что в действительности он имел в виду значение τ , то правильным значением p в ситуации S будет τ , а не σ . Этот факт очевиден. Он показывает, что следует принимать во внимание все элементы, позволяющие прояснить значение высказываний в том контексте, в котором они были выражены. При этом не следует смешивать взятое вне контекста абстрактное высказывание с конкретным высказыванием в заданном контексте. Также этот факт доказывает, что для взятых в контексте значений существуют средства для привязки их к тому, что говорящий намеревался выразить. И наоборот, существует не меньшее количество средств для увеличения этой дистанции между собеседниками. Существуют также многочисленные ситуации, в которых собеседники лишены возможности сказать все то, что они намереваются сказать либо, по меньшей мере, думают сказать. В действительности может оказаться, что собеседник S намеревался выразить мысль P на языке L , но по множеству причин выражение E , которое было выбрано для того, чтобы выразить мысль P , не соответствует P согласно правилам языка L . Возможно, что S не смог подобрать адекватное лингвистическое выражение для того, что он рассматривал в качестве мысли P . В конце концов, возможно, что S создает и утверждает выражение E' , которое, по мнению S , означает σ , хотя на самом деле ничего общего со значением σ не имеет. Также может оказаться, что другие собеседники сочтут, что E' на самом деле означает τ , а не σ .

Здесь мы встречаемся с двумя проблемами: онтологической и эпистемологической. Первая связана с относимостью данных, которые позволяют объяснить значение, вторая — с доступностью таких данных для познания. Ключевым вопросом на самом деле является вопрос относимости элементов, которые объясняют значение некоего заданного лингвистического высказывания. В этом аспекте одни пытаются свести область таких данных только к выраженным лингвистическим фактам,¹¹ тогда как другие стараются ввести в эту область также обширное число контекстуальных фактов, часть из которых является психологическими фактами.¹²

исходной точки для рассуждений можно взять работу Джона Остина: *Austin J. L. How To Do Things With Words*. Oxford, 1962.

⁹ См. сборник основных работ Грайса по этой теме: *Grice P. Studies in the Way of Words*. Cambridge, 1989. — Применительно к критике концепции Грайса см. особенно: *Gauker C. Thinking Out Loud: An Essay on the Relation between Thought and Language*. Princeton, 1994; *Schiffer S. Remnants of Meaning*. Cambridge, 1987. — Систематическое изложение спора о различении семантического и прагматического аспектов см.: *Szabo Z. G. Semantics versus Pragmatics*. Oxford, 2005.

¹⁰ Телеологическое направление в теории толкования вновь привлекло к себе внимание в контексте работы Андрея Мармора (*Marmor A. Interpretation and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford; Portland, 2005). Автор во многих вопросах опирается на Грайса и рассматривает «намерения» как объекты, доступные познанию и формирующие собой истинный предмет толкования. Некоторые из предложенных аргументов очень интересны, если допускать ту исходную точку рассуждений, которая все же остается без обоснования.

¹¹ Этот тезис, например, защищает Джеррод Катц в своих многочисленных публикациях. См., напр.: *Katz J. The Metaphysics of Meaning*. Cambridge, 1990. — С совершенно другой точки зрения этот вопрос рассматривается в: *Devitt M. Linguistics is Not Psychology* // Barber A. *Epistemology of Language*. Oxford, 2003. P. 107–139.

¹² Напротив, этот тезис защищается Грайсом и в другом аспекте оказывается близким позиции, выраженной в работе Грайса «*Studies in the Way of Words*» («Исследования

Онтологическая проблема может быть сформулирована следующим образом: если значение является свойством знаков, в особенности множества знаков, составленных по правилам некоего языка, то все те элементы, которые позволяют понять подобное множество, являются элементами, значимыми с точки зрения семантического объяснения. Следует (или достаточно того), чтобы была возможность доказать, что некий факт имеет отношение к значению. Тогда такой факт должен рассматриваться как относимый элемент. Если можно доказать, что коммуникационные акты определяются самыми сокровенными фактами психики, то объяснение значения оказывается не чем иным, как составной частью когнитивной психологии. А если это так, то толкование в строгом смысле относится к психологии.

Это рассуждение приводит к весьма проблематичным эпистемологическим последствиям, поскольку нельзя узнать, что именно означает множество высказываний, если не осуществить полное исследование всех психокогнитивных фактов, относящихся к собеседникам. Поскольку подобные факты преимущественно ускользают от нашего внимания, толкование оказывается невозможным либо возможным только в очень неопределенном смысле. И даже в таком смысле толкование не может рассматриваться в качестве анализа значения. Подобный вывод еще более очевиден, так как составляющие конституцию высказывания являются результатом коллективного обсуждения.¹³

Вместе с тем такие рассуждения наталкиваются на возражение. Разумеется, объяснение ментального состояния позволяет лучше понять, каким образом происходит коммуникационный акт. Однако причины такого акта сами по себе не обнаруживают значение высказывания, созданного этим актом; такое значение зависит прежде всего от правил, которые позволяют соотнести определенные смыслы с определенными сочетаниями знаков в том или ином языке.¹⁴ По этой причине интерпретативная аргументация основывается на лингвистических фактах, а не на исследованиях, касающихся ментальных состояний собеседников. В свою очередь озвученный нами тезис может столкнуться с двумя возражениями: зачастую поиск истинных намерений оказывается обязательным; язык находится в постоянной эволюции и выходит за пределы правил, которые фиксируют его использование в данный момент времени. Первое возражение отсылает нас к правилам, в свою очередь сформулированным в качестве положений, значение которых следует проанализировать. Однако это возражение не отсылает нас к причинам, приведшим к формированию высказывания как когнитивного акта. Если выразить данную мысль иначе, то значение находится не в сердцах или головах, даже если голова и сердце участвуют в выработке озна-

о пути слов»), либо противоположной позиции, близкой к теории, изложенной в следующей работе: *Chomsky N., Pietroski P. M. The Character of Natural Language Semantics // Epistemology of Language / ed. A. Barber. Oxford, 2003. P. 217–256.*

¹³ Этот трудный вопрос послужил основой для ожесточенных и интересных споров. См., напр.: *Bratman M. Faces of Intention. Cambridge, 1999; Searle J. The Construction of Social Reality. New York, 1995; Meggle G. On Searle's Collective Intentionality. Some Notes // Grewendorf G., Meggle G. Speech Acts, Mind, and Social Reality. Dordrecht, 2002. P. 259–270; Tuomela R. The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View. Cambridge, 2002; Tollefsen D. Organizations as True Believers // Journal of Social Philosophy. 2002. Vol. 33. P. 395–410.*

¹⁴ См. недавнюю дискуссию: *Jacob P. Is meaning intrinsically normative // Proceedings Meeting of the German Analytic Philosophy (GAP). Bielefeld, 2001 (<http://jeanNicod.ccsd.cnrs.fr/documents/disk0/00/00/00/30/index.html>).*

чающих актов; значения за пределами значения не существует, даже если языковые акты и вытекают из нелингвистических фактов. Если некое установление делает обязательным поиск истинных «намерений» или «воли», то проблема значения считается разрешенной. Вместе с тем этот выход ставит на первое место другие элементы, которые не позволяют точно сказать, что означают рассматриваемые высказывания; эти элементы лишь обнаруживают цели их авторов, независимо от того, что именно эти авторы сказали. Второе возражение принципиально подчеркивает, что естественные языки неподвластны нормативности. Данный вопрос, очевидно, очень деликатен. Однако даже согласившись с этим возражением по сути, мы могли бы ответить, что само по себе данное возражение не поддается внятной формулировке. То, что обычный язык соответствует семантическим правилам, никак не препятствует обходу этих правил; тем самым мы можем прийти к новым структурам, подчиняющимся иным правилам.

В итоге фактические условия коммуникационных актов не тождественны тем фактам, которые объясняют значение высказываний и которые здесь являются предметом нашего рассмотрения. Сфера совпадений значений определяется в результате применения языковых правил. При этом неважно, что эти правила подвержены изменениям, не связанным с действующими правилами. Семантическая теория не является ни теорией коммуникации, ни теорией коммуникационных актов. Здесь мы можем добавить две ремарки. Во-первых, то, что обычно называется «намерением», на самом деле не является множеством ментальных состояний, эксплицитно установленных при помощи соответствующих научных методов. Установление намерения есть не что иное, как множество нечетких наблюдений за тем контекстом, в котором формируются высказывания; зачастую при этом речь идет просто о других высказываниях. Во-вторых, взятое вне своего контекста высказывание всегда является абстракцией, поскольку любое высказывание создается в рамках определенной ситуации. В конечном счете, выведение высказывания из контекста — результат особых приемов мышления (заданных в некоем метаконтексте), с помощью которых определенным высказываниям придается автономный статус. Иными словами, этот метаконтекст ставится в максимально независимое положение от психологических данных, например, путем использования технического языка или благодаря более или менее сложным формализациям. Именно таково свойство нормативного дискурса. Речь в нем идет о высказываниях, по своей природе предназначенных для восприятия вне контекста их создания, даже если тот способ, которым определенные тексты в определенных исторических ситуациях выводятся из контекста, гипотетически зависит от данного исторического контекста. Именно такая ситуация складывается с конституционными текстами.

Еще один аспект связан с нормативной концепцией значения. С древних времен правовые тексты рассматриваются с точки зрения их предписаний, внешних по отношению к заключенному в эти предписания значению. Это позволяет понимать это значение иначе, чем его понимали авторы. Внешнее нормативное рассуждение состоит в требовании обнаружить в высказывании иной смысл, чем тот, который в действительности был вложен в это высказывание. Когда мы говорим, что теологическое толкование отдает предпочтение «аллегорическому» смыслу перед «буквальным» смыслом,¹⁵

¹⁵ Иерархия «смыслов» Священного писания, очевидно, намного сложнее. Но самое важное заключается в том, что эта иерархия существует. См. об этом: *Lubac H. de.*

то это можно понимать двояко. Либо утверждается и доказывается, что толкуемые тексты должны пониматься вопреки первому впечатлению от их невнимательного прочтения, поскольку это первоначальное впечатление не исчерпывает всех значимых элементов толкуемого текста. Однако в этом случае мы не можем воспользоваться нормативными данными: текст означает тот смысл этого текста, который реконструкция позволяет понять после ознакомления с системой соответствующих рекомендаций. Таким образом, здесь используется сложная семантика. Либо же утверждается, что после установления значения оно должно быть скорректировано с учетом принципов, внешних по отношению к тому, что несет в себе сам текст, например, с учетом того, что Бог всегда рационален и не подвержен человеческим страстям (даже если сам текст говорит, что Бог завистлив), или что тексты Священного писания не могут друг другу противоречить, или что вся библейская история должна рассматриваться в качестве нравственного поучения, даже если сам текст несет в себе противоречие или включает в себя элементы, не связанные с нравственностью.¹⁶ Естественно, сторонники нормативного прочтения текстов скажут, что элементы, корректирующие восприятие текстов, являются элементами значения этих текстов, поскольку они, в конечном счете, определяют то, что должно быть понято. Следовательно, нужно различать множество «смыслов» (например, в средневековой теологической традиции различались четыре разновидности смысла), но каждый из этих смыслов равным образом будет относиться к значению как к таковому. Даже весьма развитая семантика будет всегда неполной, но множество семантических концепций будут образовывать завершенную, плюралистическую семантику. Однако это возражение неубедительно, даже если оно опирается на вполне правдоподобное рассуждение.

Конечно, нужно согласиться с тем, что речь так или иначе идет об определении того, что, в конечном счете, должно быть уяснено. Если согласиться понимать текст с точки зрения того, как он должен быть понят, то такое понимание будет действительным его смыслом. Однако такая конструкция смешивает понимание и значение, и происходит это как минимум по двум причинам. Во-первых, гипотетически тот смысл, который получен в результате применения определенных корректирующих смысл императивов, будет отличаться от того, который текст имел до применения этих императивов. Иными словами, желаемый или требуемый акт понимания не обязательно будет тождествен объективным фактам, вытекающим из соответствующего множества высказываний. Во-вторых, можно смело сказать, что осознание самих этих императивов требует их закрепления в текстах,

Exégèse médiévale: les quatre sens de l'Écriture. Paris, 1993. 4 vol. — В иудейской традиции выделяется от семи (старец Гилель) до тринадцати (раввин Ишмаэль, см.: *Ismael ben Elisha*. Introduction à Sifra // Porton G. G. The Traditions of Rabbi Ishmael. Leiden, 1976–1982. 4 vol.), а согласно некоторым традициям даже до тридцати двух правил толкования (*Bacher W., Lauterbach J. Z. Rules of Eliezer B. Jose Ha-Gelili, the thirty two // Encyclopaedia Judaica. New York, 1901–1906. Vol. 10. P. 510 ff.* — См. также другую статью этих авторов с весьма странным содержанием: *Bacher W., Lauterbach J. Z. Talmud Hermeneutics // Ibid. Vol. 12. P. 30 ff.*).

¹⁶ Отталкиваясь от знаменитого противопоставления буквы и духа в Послании Коринфянам, святой Августин, например, пишет: «*Et iste omnino modus est, ut quidquid in sermone divino neque ad morum honestatem neque ad fidei veritatem proprie referri potest, figuratum esse cognoscas*» (лат. «Во всех тех местах, где нечто в божественных рассуждениях не может быть надлежащим образом связано ни с благонаравием, ни с истиной веры, знай, что это должно пониматься в фигуральном смысле») (*De doctrina cristiana*, III, 10, 14 V. — См. также: *Ibid.* III, 15, 23, 16, 24).

а это свидетельствует о том, что сторонник теории плюрализма значений признает (по меньшей мере, имплицитно), что существует некая объективно верная семантика. Иначе ему нужно было бы признать, что даже если можно прямо выразить то, что, в конечном счете, должно быть понято, всегда остаются внешние по отношению к выражаемой мысли элементы. Эти элементы дают возможность осознать, как должен пониматься текст, говорящий о том, как понимать первый текст, и так далее до бесконечности. Отсюда следует, что во избежание регресса в бесконечность следует вернуться либо к сложной, но единой семантике, либо к семантическому плюрализму, где только одна из концепций будет обладать значением (здесь значение также может быть спрянуто за нормативными рассуждениями). Отсюда вытекает необходимость различения нормативистики и семантики, при этом степень сложности, характеризующая ту или иную семантическую систему, не принимается во внимание.

В конечном счете, в качестве возражения можно указать на невозможность строго разграничить познание, с одной стороны, и действие, оценку — с другой, особенно в интересующей нас области. Поскольку большинство из тех высказываний, которые находятся в текстах, выражающих нормы, по определению являются оценочными, трудно оставаться полностью нейтральным по отношению к этим высказываниям. Недавно данный тезис был истолкован в обратном смысле. Говорится, что оценочные высказывания не вынесены полностью за пределы познания, и поэтому они могут быть истинными или ложными.¹⁷ Легко можно согласиться с тем, что трудно быть полностью объективным и полностью отвлечься от субъективных предпочтений, но из этого никак не следует невозможность двигаться в данном направлении. Да и сами сторонники тезиса о том, что все зависит от оценки, вынуждены признать, что существуют случаи, в которых объективное установление смысла того или иного выражения не представляет проблем. Вопрос поэтому заключается в том, как можно двигаться в этом направлении. Именно такую цель ставит перед собой теория толкования в строгом смысле. Аргументация противоположной стороны, напротив, допускает объективность оценочных высказываний, но ссылается на их запутанный характер. В этом отношении проблема состоит в невозможности полностью отделить оценочные высказывания от строгого описания семантического факта произнесения высказывания.

Формально толкование в строгом смысле ограничено тем объектом, знание о котором создает толкование. Познавать нечто иное, кроме как *interpretandum*, либо неправильно познавать *interpretandum* — это значит заниматься чем-то иным, а не толкованием. Такое познание будет результатом интерпретационной деятельности в строгом смысле, но его результатом не будет выступать акт толкования.

1.2. РЕШАТЬ

Во втором — совершенно ином — смысле ведется поиск варианта, позволяющего решить проблему нахождения решения, приемлемого с точки зрения фактов той или иной разновидности. Такое решение ищется через рассуждения о значении текста или множества текстов. Подобная концепция, которую здесь мы называем «концепцией решения», четко отличима

¹⁷ Именно этот тезис защищает Хилари Путнэм: *Putnam H. The Collapse of the Fact Value Dichotomy*. Harvard, 2004.

от семантики. Семантика по определению исключает вопрос о решении, поскольку сразу несколько действий рассматриваются как приемлемые. Если в действительности допустимо только одно действие, то рассуждение о выборе того или иного действия очевидно становится бесполезным. Если же, напротив, разрешены сразу несколько действий, то толкование в семантическом смысле не может дать никакого ответа по поводу того, какому действию следует отдать предпочтение. Концепция решения основана на предположении о том, что существует некоторая совокупность возможных действий и что среди этих действий нужно сделать выбор в пользу одного из них. Если в действительности ставится вопрос о выборе, для которого изначально не было установлено никакого ограничения — каким бы широким ни был спектр возможных вариантов, — то в этом случае не было бы и речи о референтной сфере, мы вообще находились бы вне перспективы «толкования». Тут вопрос стоял бы о нравственном суждении, для которого требуется извлечение некой руководящей действием максимы скорее не из текста, а из принципов, установленных для практического разума независимо от их лингвистической формулировки.

В третьем смысле речь идет о том способе, которым то или иное дело получило свое разрешение путем обращения к общим нормам и путем их применения к конкретному рассматриваемому делу. Если вторая концепция является нормативной и указывает на тот способ, которым должно быть решено дело, то третья концепция является дескриптивной и указывает на тот способ, которым тот или иной орган принял решение по имеющимся фактам. Здесь мы опять встречаемся с возможностью двойственной конструкции. В первом случае можно указать на контраст между требованиями применяемого правового положения и тем решением, которое в действительности было принято. Таким образом, речь пойдет о казуистике, нацеленной на критику. Подобная критика предполагает семантику и позволяет измерить соответствие или отсутствие соответствия решения по отношению к заданному стандарту. Во втором случае принятое решение рассматривается в качестве мыслительной операции, не имеющей никакого отношения к стандартам. Речь идет о казуистичной концепции решения.

Концепция решения, очевидно, издавна известна в истории правовой мысли. Здесь не место реконструировать эту историю. В принципе, речь идет просто о разновидности нормативной концепции. Даже если нам известно, что означает формулировка некоей нормы, мы знаем, что есть рассуждения о том, что эта норма означает нечто иное, чем следует из формулировки, особенно применительно к тому, какое решение эта норма предполагает в конкретном деле. Такая концепция явно была использована в истории кодификации частного права, например, в Германском гражданском уложении, Общем собрании гражданских законов Австрии, в Швейцарском гражданском уложении. Если в таком случае судья может решать спор, как если бы он действовал в качестве законодателя, и если при этом говорится, что судья «толкует» закон, то «толкованием» в таком случае называется управомочивание, а иногда и обязывание к решению спора иначе, чем предписывает соответствующее правовое положение. Во временной отрезок, следующий за началом XIX в., каноническую формулировку этой концепции и соответствующей теории мы получили благодаря Фридриху Карлу фон Савиньи.¹⁸ Для него «канон толкования» является

¹⁸ von Savigny F.-C. System des heutigen römischen Rechts. Berlin, 1840. Bd. 1. S. 213 usw. — См. также следующие исследования: Meder S. Mißverstehen und Verstehen.

множество принципов принятия решений, которые позволяют делать отсылки к соображениям, внешним по отношению к значению текстов. Эта концепция проблематична сразу по нескольким основаниям и фактически основывается на смешении двух разнородных вещей. С одной стороны, она указывает нам на семантические факты, т. е. на то, что означает текст. В этом отношении рассматриваемая концепция устанавливает границы подобного исследования, обрисовывая то, что Савиньи назвал «буквальным смыслом». Но с другой стороны, эта концепция основана на предположении, что результат буквального толкования может оказаться «неудовлетворительным», и поэтому потребуются средства для его исправления. Вопрос о том, является ли тот или иной вариант решения удовлетворительным или нет, не имеет ничего общего с определением содержания такого решения. И наоборот, решение может казаться более чем удовлетворительным, но при этом совершенно не соответствовать значению проанализированных правовых положений. Если мы смотрим на вопрос с этой точки зрения, мы уже не используем призму значения соответствующих правовых положений. Мы просто прибегаем к соображениям прагматического (прагматизм понимается здесь в смысле нахождения способа адаптироваться к различным ситуациям) или нравственного порядка, т. е. к неюридическим критериям, которые по тому или иному основанию имеют отношение к рассматриваемому делу. На самом деле между этими двумя вопросами существует связь, поскольку вопрос о том, какое решение будет удовлетворительным, может быть поставлен только тогда, когда известно, какие решения требуются или дозволяются соответствующим правовым положением. Иными словами, концепция решения предполагает семантику. Наконец, ситуация может представляться нам в том свете, что выбранное в итоге «удовлетворительное» решение является лишь выражением некоего иного «значения». Хотя посылка этой мыслительной операции состояла бы именно в том, что значение данного правового положения предполагает несколько вариантов нахождения «правильного» решения для этого конкретного дела. Поэтому данная концепция оказывается непоследовательной в том смысле, что неюридический факт представляется здесь как заложенный внутри значения.

Дескриптивная, или эмпирическая, концепция решения указывает не на значение, данное в некоем выражении, высказывании или множестве высказываний, а на решение, которое принято со ссылкой на такие данные, независимо от степени близости или отдаленности решения от значения этих выражений или высказываний. Мы говорим, что судья (или любой иной орган) «истолковал» то или иное правовое положение как требующее, дозволяющее или запрещающее определенное действие. Исходным пунктом такой конструкции является наблюдение, которое трудно оспорить и которое состоит в том, что принятые решения зачастую оказываются весьма отдаленными по смыслу, а иногда и не имеющими ничего общего с соответствующими правовыми положениями, хотя при этом такие решения являются юридически обязывающими для их адресатов. Если использовать унаследованную от Кельзена терминологию, мы противопоставляем «доктринальное толкование» (как аналитическую операцию, совершаемую лицами или органами, объясняющими право, не имея при

Savignys Grundlegung der modernen Hermeneutik. Tübingen, 2004; *Busse D.* Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin, 1993; *Fischer M. W.* Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1984. N 20.

этом правомочия создавать нормы) «аутентичному толкованию» (которое осуществляется лицами или органами, правомочными в данной правовой системе разрешать вопросы права путем вынесения решений, имеющих статус норм права). В данном аспекте в качестве толкования (такого, которое называется аналитическим) выступает акт создания нормы, причем этот акт изначально не выполняет экспликативной функции и поэтому не может быть истинным или ложным. Поэтому этот акт не имеет отношения к семантике. Вопрос о семантике может возникнуть, если поставить задачу определения того, входит ли издание рассматриваемого акта в сферу компетенции соответствующего органа. Акт аутентичного толкования является актом, вынесенным в пределах таким образом обозначенной компетенции. Следовательно, речь идет о введении исключения из общего правила, согласно которому наличие или отсутствие исключений лишено какого-либо значения. Строго говоря, здесь мы полностью абстрагируемся от того значения нормы, которое призван выявить акт толкования. Тогда мы можем зарезервировать наименование «эмпирическая концепция решения» для той концепции, которая указывает только на решения по тем или иным фактам. Именно эта концепция обычно используется, когда говорят об «аутентичном толковании».¹⁹

Вместе с тем в данной конструкции также обнаруживается и семантический аспект, даже если он и не имеет ничего общего с семантикой. Действительно, эмпирическая концепция решения указывает на такое решение, которое вынесено и действует в качестве акта «определения значения некоего текста». В этом смысле текст (применительно к интересующей нас проблематике — конституционный текст) будет лишен значения, а аутентичное толкование будет юрисдикционным актом, не только разрешающим спор и имеющим правовые последствия, но и придающим значение тексту, который до этого был лишен его. В этом особом смысле речь идет о некоей парасемантике, конструируемой *ex post facto* [лат. на основе имеющихся фактов]. Речь не идет собственно о семантике, поскольку иначе следовало бы полагать, что рассматриваемое выражение изначально является лингвистическим фактом, и что мы ссылаемся на его (простое или сложное) значение. Но такой факт является для рассматриваемой теории конечным пунктом рассуждений. По отношению к исходным данным этот факт будет выступать как их значение *ex post facto*, так как изначально данный факт также был лишен значения. Поскольку решение лишено ценности как средство объяснения (его функция состоит в создании нормы), то подобная концепция решения указывает на акт, конституирующий значение как таковое, и подобное указание не имеет экспликативного измерения.

Эта конструкция проблематична. Действительно, можно очень хорошо понять отсылку к определенным решениям, которые предположительно вызывают определенные последствия. Безоговорочно признаем, что данные решения выражены с помощью множества высказываний. Труднее признать, что такие высказывания определяют значение других высказываний, не демонстрируя при этом никаких экспликативных свойств. Почему же эти определяемые высказывания лишены значения,

¹⁹ Дело обстоит иначе применительно к той концепции, которую использует Кельзен в «Чистом учении о праве». Данная концепция в этой теории является дополнительным элементом, обозначающим выбор значения среди тех вариантов, которые лежат перед компетентным органом. Она ограничивается нормами, по отношению к которым аутентичное толкование выступает в качестве средства конкретизации (*Kelsen H. Théorie pure du droit. Paris, 1999. P. 340*).

и почему выражающие решение высказывания не могут быть объяснены? Если высказывание лишено значения, то как какое-то другое высказывание может придавать ему некое значение? При этом упоминается, что никакое явление само по себе не имеет значения, как, например, полет птиц или движение звезд.²⁰ Эта ремарка совершенно верна, но она изначально не опирается на обычное словоупотребление. Такое словоупотребление обнаруживает определенный семантический аспект, причем происходит это в силу свойств речи, а не в качестве череды акустических или графических явлений. Поэтому применительно к высказываниям, сопряженным с подобным словоупотреблением, вопрос о том, имеют ли они значение, является эмпирическим вопросом, на который можно ответить с точки зрения семантики определенного языка, но нельзя дать априорный ответ вообще. На этот вопрос можно ответить только путем анализа соответствующих высказываний, используя все те элементы, которые лингвистические науки предлагают для достижения такой цели. Кажется, проблема здесь заключается в конструировании понятия «значение», используемого защитниками концепции решения, а эта концепция, по нашему мнению, смешивается с концепцией следствий решения. Отсюда можно заключить, что речь идет о некоем эмпирическом критерии, связанном с поведением: если акторы действуют по алгоритму M1, то значение, которое решение придает тем текстам, на которые оно ссылается, является M1. Если же, например, речь идет об алгоритме M2, то значение будет также M2, и т. д. Однако возможно, что следствия поведенческого акта не будут иметь ничего общего с относящимся к ним решением, точно так же как возможно, что решение не имеет ничего общего с тем текстом, который оно упоминает. При этом речь идет вовсе не о лингвистических явлениях, а исключительно о поведенческих актах. В свою очередь поведенческий акт с трудом может иметь в качестве значения то, что другие акты являются обязательными, запрещенными или разрешенными — за исключением тех случаев, когда речь вновь идет о языковых актах, обладающих прескриптивным свойством. Однако в таком случае решение не будет нормативным актом. Новый языковой акт в свою очередь может оказаться соблюденным или нарушенным; в этом случае значение высказываний, образующих этот новый акт, будет сводиться к значению данных поведенческих актов и т. д. Если мы хотим избежать ситуации, когда понятие будет лишено референтов и поэтому окажется пустым, то нам нужно осуществить выбор в пользу значения (не имеющего объяснения), либо составляющих решение высказываний, либо поведенческих актов, рассматриваемых в качестве относящихся к решению.

1.3. ИСПОЛНЯТЬ

Анализ значения и решение индивидуального случая на основе более или менее общих предписаний — это те две проблемы, которые в основном интересуют юриста применительно к вопросу о толковании. Но сам этот термин равным образом используется и для обозначения других мыслительных операций, которые иногда связываются с правом: перевод знаков в действия,²¹ а также последовательные изменения, которые могут повлечь эти действия.

²⁰ Этот аргумент был выдвинут Мишелем Тропером и Вероникой Шампей-Деплят во время устной дискуссии на коллоквиуме.

²¹ Именно на этом особенно настаивает движение «Право и литература».

1.3.1. *Переносить*

В четвертом смысле толкование есть исполнение некоего множества знаков. Эти знаки напрямую рассматриваются в качестве правил для действия (например, как произносить определенные слова, играть определенные ноты или делать некие жесты). Однако, по большому счету, эти правила не определены, поэтому существует множество способов исполнения соответствующих действий. Здесь могут затрагиваться различные сферы действий, для которых отношение между знаками/правилами и их реализацией в свою очередь может быть в большей или меньшей степени связано с исполнением знаков: артикуляция слов, музыкальных звуков, пластических или мимических жестов, декораций сцены. Поэтому и здесь речь также идет о выборе между множеством возможных вариантов — установление приемлемых вариантов будет означать толкование в строгом смысле: если ритм музыки обозначается просто как «аллегро», то музыканты располагают достаточно широким выбором, но при этом все же исключается, что движения будут осуществляться медленно либо слишком быстро. Толкование как исполнение также является одной из разновидностей концепции решения. Вместе с тем есть и различие, которое заключается в том, что установление возможных вариантов и выбор из них смешиваются в единое действие. Дискурсивное определение допустимых вариантов имеет совершенно иную природу, чем правильное действие с точки зрения всех возможных вариантов. Есть непреодолимое различие между толкованием высказываний в строгом смысле и исполнением серии действий, включенных в диапазон возможных вариантов. При этом вспомним, что судебное решение как раз и состоит в создании высказываний. Объяснение сделанного выбора с точки зрения определения возможных вариантов может быть полезным, но оно никак не определяет правильность выбора конкретного варианта, т. е. возможных действий как таковых.

Итак, в пятом смысле, исполнение действий в связи с выбором допустимого варианта рассматривается (поскольку речь идет о сознательной деятельности) не как решение, эквивалентное любому другому возможному решению, а как объяснение значения деятельности. При этом в отсутствие дискурсивной аргументации объяснение сведется к констатации сделанного выбора (например, уточнение системы измерений, четкость и распределение ролей между инструментами оркестра, резкостью и драматичностью сопрано, и т. п.). Собственно говоря, здесь нам ничего и не объясняется — нам демонстрируются лишь свойства сделанного выбора. Если и достигается некий полезный эффект с точки зрения объяснения, то это происходит в результате сопоставления сделанного выбора с другими актуальными или возможными вариантами. С этой точки зрения речь фактически идет о концепции сравнительного (и дейктического) исполнения, при этом конструируется связь данной концепции с объяснением. Здесь очень важным элементом является временное отношение: любой знаток прежнего исполнения произведения сможет оценить отличия нового исполнения. И чем большим становится число исполненных произведений, тем труднее отмечать различие в значении, оставаясь лишь в рамках возможных вариантов. Тем не менее некоторые пытаются представить в качестве простых вариантов и в этом смысле в качестве «актов толкования» то, что в той или иной степени связано с изменениями, основанными на определенных фактах деятельности.

1.3.2. Развивать

Такую концепцию следует отличать от другой, уже шестой по счету, которую можно обозначить как «эволюционную». Данная концепция является результатом расширения элементов выбора: вместо того чтобы ограничиваться возможными вариантами согласно соответствующему тексту, данные варианты рассматриваются как материал, на основе которого конструируется иное множество вариантов. Речь может идти как о выведении имеющихся в тексте элементов за пределы уже определенных возможностей, так и об интеграции внешних данных (при одновременном сохранении имеющихся данных). Например, Дон Жуан будет считаться не просто соблазнителем, но создателем декадентской философии. Можно также говорить и об альтернативном развитии тем, присутствующих в тексте.

Различие между исполнением и эволюционным изменением иногда оказывается очень тонким, особенно применительно к драматургии, где настоящая дидактика встречается редко, а если и встречается, то в размытом виде. Те элементы исполнения, которые не связаны с текстом в музыке или в обыденном языке, часто закладывают начало нового творчества. Если отставить в сторону трудности, связанные с установлением того, что есть исполнение того или иного произведения, и абстрагироваться от ситуации, когда исполнение оригинального произведения является лишь поводом для демонстрации иного творческого акта, то здесь мы встретим особую проблему, сопряженную с накоплением традиций. Каждое новое исполнение произведения оказывается в определенном отношении (близости или отдаленности) к предшествующим исполнениям. Новое исполнение пытается выделить себя именно по отношению к этим предшествующим исполнениям. Как ни парадоксально, но эволюционное изменение часто рассматривается не только как заимствование прежде существовавших элементов, но и как объяснение, а следовательно, как «толкование».²² Толкование в смысле объяснения редко используется в правоведении, хотя этот факт можно рассматривать и как случайность. Данная концепция была введена школой философской герменевтики и обозначена немецким термином «*Wirkungsgeschichte*», что буквально означает «история воздействия». В этом ракурсе толкование есть способ, с помощью которого работа над смыслом текста оказывает длительное воздействие. Ниоим образом не указывая на какое-либо значение, данная концепция сближается с той концепцией, которую мы назвали «концепцией решения» — сближение происходит в том плане, что обе концепции изучают воздействие, связанное с использованием текста.²³

Итак, термин «толкование» обозначает множество совершенно разных действий. Соблюдение применимых норм при принятии решений, очевидно, зависит от знания. Однако если принятие решений происходит вне контекста установления четкого значения действующих предписаний, то оказывается, что такие решения не зависят от какого-либо знания.

²² Опираясь на Гадамера, Рональд Дворкин в своей «Империи права» попытался сконструировать право как «интерпретативную концепцию», т. е. попытался обосновать тезис, согласно которому право есть (и должно быть) сложная социальная практика, эволюционирующая точно так же, как развиваются манеры или актерская игра. Глубокую критику этой конструкции см.: *Marmor A. Interpretation and Legal Theory.*

²³ Именно эта концепция была развита Гадамером в его работе «Истина и метод» (*Gadamer H.-G. Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* 6 éd. Tübingen, 1990).

2. ПУТАНИЦА: ИСКЛЮЧИТЬ ПОЗНАНИЕ

Вместо того чтобы проводить границу между вышеуказанными концепциями и развивать теории применительно к каждой из проблемных областей, доминирующая доктрина создает путаницу между анализом значений и решением отдельно взятых дел. Причины этого преимущественно связаны с конструированием мотивов, руководящих судьями (1), тогда как софистическое использование данной конструкции служит прикрытием для проведения изменений, не имеющих юридического обоснования, но при этом оказывающихся в правовом поле (2).

2.1. ПРАВОВЫЕ ОБЯЗАННОСТИ, ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ НЕЮРИДИЧЕСКИХ РАССУЖДЕНИЙ

Очевидно, что выражение «толкование Конституции» может использоваться для обозначения множества совершенно разнородных объектов; в таком использовании данного термина нет ничего предосудительного, если оно происходит открыто и ясно. Тем более не возникает никаких проблем с определением того, имеют ли высказывания, называемые нами «формальной конституцией», некое значение или же нет. Очевидно, что отрицательный ответ влечет за собой невозможность толкования конституции. Такой (позитивный или негативный) онтологический аргумент окажется проблематичным, если будет основан на ошибочном доказательстве, однако это не зависит от того, какое название мы дадим тому или иному объекту.

Особая проблема появляется там, где предпринимается попытка превратить общепринятое словоупотребление в теоретическое утверждение, имеющее онтологический характер. В таком случае говорят, что «поскольку в силу нашей концепции то, что мы называем X, является объектом со свойствами {P1, P2, ..., Pn}, то не может быть объекта со свойствами {P'1, P'2, ..., P'n}, который имел бы то же самое или вообще любое название». Очевидно, что такой аргумент некорректен. Даже если вполне можно предположить, что объект со свойствами {P'1, P'2, ..., P'n} вообще не существует, все равно доказательство того, существует ли такой объект или нет, никак не зависит от наименования, которое дается этому объекту. Здесь мы называем такой тезис «ономастическим софизмом». Этот тезис мы отделяем от онтологического возражения, направленного на доказательство существования или несуществования значения тех высказываний, множество которых формирует то, что мы называем «формальной конституцией». Такое возражение, кроме прочего, кажется достаточно странным, но оно представляет интерес прежде всего тем, что делает ненужными определенные исследования и аналитические рассуждения. Поэтому важность следствий из принятия такого возражения будет оцениваться в зависимости от сравнительной важности изучения того объекта, который данное возражение намеревается выделить в рамках исследований, чья обоснованность не подвергается сомнению. Допустим, что анализ этого объекта является условием уяснения других объектов, к которым отсылает ономастический софизм. В таком случае лишаются своих оснований те возражения, которые касаются соответствующих сфер.

Именно это и происходит с конституционным толкованием в том смысле, который мы обосновали выше. В наши дни распространено множество аргументов в пользу того, что такое толкование вообще не существует, а данный термин правильнее применять к совершенно иным объектам,

изучение которых логически зависит от конституционного толкования. Эти аргументы приводят к катастрофическим последствиям в том, что касается знания о позитивном праве; их функция прежде всего идеологическая — изменить правовые системы без использования правил, которые регламентируют изменение других правил.

В этой перспективе ономастический софизм состоит, во-первых, в смешении различных концепций толкования, а во-вторых, в утверждении, согласно которому правильна только одна из этих концепций, остальные же не только не направлены на толкование, но и являются пустыми и бесполезными. Толкование в этом ракурсе сводится только к решению — следовательно, не может быть анализа значения. Современные конституционные системы, в которых есть конституционный контроль, делегируют конституционным судам правомочие и обязанность рассматривать определенные споры, связанные с применением конституции, и мотивировать принятые по таким спорам решения. Относительно этих решений встают два вопроса: какие нормы будут применимы и каким будет правильное решение? Ответ на эти вопросы предполагает наличие связки между мотивировкой (с рассуждением о применимых нормах) и принятым решением.

Вместе с тем два приведенных вопроса имеют совершенно разную природу, а ответ на первый вопрос не дает никаких указаний на то, каким будет ответ на второй.

Если в конституционный суд обращаются по тому или иному делу, то этот суд (как минимум, в качестве органа конституционной юрисдикции) должен решить проблему применения конституции к данному спору, например, определить, соответствует ли закон или подзаконный акт конституции, обязан ли тот или иной орган действовать согласно определенной процедуре, нарушило ли то или иное высшее должностное лицо конституцию и должно ли оно быть наказано за это.²⁴ Ответ на эти вопросы является результатом толкования (в строгом смысле) конституционного текста. В действительности, речь идет об определении того, что разрешает, приказывает или запрещает конституция. Как и в случае с любой другой формулировкой нормы, результат такого толкования редко бывает полностью предопределен, да и сами формулировки конституционных норм, как правило, оказываются менее определенными, менее точными и менее детализированными, чем формулировки обычных норм. Поэтому толкование в строгом смысле может (по меньшей мере, в большинстве случаев) дать множество возможных решений. Именно в четком уяснении этой неопределенности и состоит вся трудность так понимаемого конституционного толкования.

Из этого следует, что толкование (в строгом смысле) не позволяет разрешить проблему нахождения правильного решения, которое должно быть вынесено по данному конкретному делу. Это не является дефектом толкования, поскольку в данной ситуации наделение управомоченного органа правом выбора между несколькими решениями означает, что сама по себе применимая норма не указывает на должный выбор, а следовательно, интересующая нас проблема разрешается именно здесь.²⁵ В праве нет

²⁴ Если конституционный суд обладает компетенцией в вопросах уголовно-конституционного права, как, например, предусмотрено ст. 142 Федерального конституционного закона Австрии. Во Франции Высокий суд справедливости является в этом смысле специальным органом конституционной юрисдикции.

²⁵ Именно это традиционно называется «правом усмотрения». Дискреционные полномочия (в строгом смысле) здесь проявляются только в той степени, в которой

никакой возможности уменьшить число допустимых вариантов решения либо найти «единственный правильный ответ». Очевидно, есть возможность того, что применяемая норма не оставит никаких вариантов выбора соответствующему органу, но такая возможность в чистом виде является скорее исключением из правила.²⁶ Во всех остальных случаях (а это значит — в подавляющем большинстве случаев) серьезно осуществленное толкование позволяет всего лишь выделить несколько допустимых вариантов либо определить то неконкретное правомочие, которое является следствием обязанности судьи разрешить дело, т. е. создать особую норму применительно к определенным обстоятельствам.

Проблема заключается в следующем. Не существует правовой нормы, уточняющей, какой вариант следует выбрать, но есть обязанность сделать выбор и мотивировать его. Иными словами, существует юридическая обязанность обосновать выбор решения, тогда как сам способ выбора решения не определен правовой нормой. Кроме того, мотивация сделанного выбора должна быть заложена в тот же самый текст, который содержит разъяснение осуществленного толкования. Действительно, в перспективе выбора вариантов следует доказать прежде всего, что этот вариант выбора находится среди допустимых. То, что обычно называется «мотивировочной частью решения», содержит две концептуально различные части, которые тем не менее не могут быть изолированы друг от друга в самом тексте.

Такая ситуация, весьма часто встречающаяся в развитых правовых системах, с необходимостью приводит к путанице. Установление подлежащих применению норм понимается и представляется точно так же, как понимаются элементы обоснования решения, выносимого в форме логического отношения между описанием ситуации и сделанным выбором. Ономастический софизм состоит в использовании общего термина «толкование» для обозначения этих двух совершенно разных процессов. Эта проблема, как кажется, была очень четко сформулирована в 1950-е гг. — она ясно фигурировала как во втором издании «Чистого учения о праве» Ганса Кельзена, так и в «Понятии права» Герберта Харта. Последующее развитие теории права, напротив, сильно увязло в регрессивном направлении.

Это утверждение требует некоторых уточнений. Речь ни в коем случае не идет об отрицании того, что поиск корректного решения для конкретного дела представляет собой очень важную проблему для тех, кто должен принять такое решение. Поэтому вполне уместно задавать вопрос о том, как следует принимать правильное решение и тем более в каком направлении

органу предоставляется правомочие выбора. Понятно, почему те авторы, которые пытаются заставить нас поверить в то, что толкование на самом деле есть всего лишь выработка «правильного» решения, стараются при этом минимизировать или даже отрицать возможность дискреционных полномочий. Ср., напр.: *Dworkin R. Taking Rights Seriously*. Harvard, 1978. P. 38 ff.

²⁶ Классический пример таких правил нам дают нормы, регламентирующие голосование. Само по себе голосование есть не что иное, как алгоритм подбора лиц, наделяемых специальными мандатами. Если предусмотрено, что парламент имеет столько-то мест, и если есть правило раздела мест пропорционально числу n полученных на выборах голосов, то такое правило представляет собой единственно возможный вариант раздела мест в парламенте (даже если это правило плохо сформулировано). Если конституционный судья, разрешая дело по спору о выборах, обладает значительной властью решать, например, вопрос о честности выборов применительно к тем или иным поведенческим актам, то он все же не имеет такой власти применительно к функции подсчета голосов и применения алгоритма раздела мандатов в зависимости от количества полученных голосов.

развивать адекватные теории по этому вопросу. Следует просто отметить, что такая теория не будет юридической, поскольку право лишь предписывает, не говоря при этом, какой выбор следует делать. Такие рассуждения в лучшем случае относятся к области нравственности и политики либо (с более формальной и дескриптивной точки зрения) связаны с теорией рационального выбора или с теорией вероятности. Кроме того, подобная ситуация не несет в себе ничего исключительного или возмутительного. Можно — и зачастую вполне разумно (и даже, вне всякого сомнения, морально обоснованно) — предоставить компетентному органу выбор между несколькими вариантами, точно так же как лицу (субъекту гражданского права) оставляется возможность выбора формы и содержания договоров или выбор процессуальных средств обращения в суд. Однако даже в праве трудно вообразить себе ситуацию, когда все возможности выбора будут заранее определены; в таком случае нужно было бы предположить наличие предварительного знания о каждой индивидуальной ситуации. Выдвигать требование, согласно которому каждое решение должно быть обосновано в рамках права, — это то же самое, что предполагать, что некая система содержит все индивидуализированные элементы для любой ситуации при любой конфигурации выбора. Если согласиться с тем, что норма может ограничиться указанием на то, что выбор осуществляется (вплоть до мельчайших деталей) неким органом, то тем самым мы принимаем, что полномочия и обязанности этого органа неограниченны. И если мы предположим, что имеется хотя бы одна ситуация, применительно к которой решение определено не полностью, то мы согласимся с тем, что толкование в строгом смысле есть нечто иное, чем принятие собственно решения и его возможное обоснование. Пытаясь требовать от толкования больше, чем оно способно дать, мы получили бы от толкования меньше знания, чем оно могло бы предоставить. Действительно, применимые к делу нормы в лучшем случае содержат в себе лишь общие контуры решения. С учетом этого защитники теории толкования как правильного выбора прибегают к конструированию тайной онтологии, т. е. утверждают, что недостающие при принятии решения элементы уже присутствуют в системе, хотя бы они и не были созданы согласно процедуре, установленной одними нормами для создания других норм.²⁷ Напротив, так называемые «реалистические» теории, в особенности реалистическая теория толкования, используют ономастический софизм, исключая при этом толкование в строгом смысле в пользу эмпирически данного и реально обязывающего решения.

²⁷ Это, например, демонстрирует введенная Рональдом Дворкиным конструкция. Данный мыслитель особенно поспособствовал путанице между толкованием и решением. Согласно мнению этого автора, право не сводится исключительно к установленным «правилам», но включает в себя то, что он называет «принципами». Эти принципы действительны, даже если они не были введены в силу согласно некоему определенному акту, исходящему от компетентного органа. Их действительность проявляется в том, что к ним прибегают судьи, особенно при принятии правильного решения. При этом упоминание судьей той или иной нормы само по себе не доказывает существование данной нормы. Развитое в одной из наших работ возражение, напротив, демонстрирует, что Дворкину пришлось воспользоваться тайной онтологией, в которой можно найти все необходимые данные и сопутствующие аргументы для того, чтобы убедительно доказать тезис, согласно которому этих данных будет достаточно, чтобы в любой ситуации прийти к единственному правильному ответу (*Pfersmann O. Ontologie des normes juridiques et argumentation // Raisonement juridique et interpretation / ed. O. Pfersmann, G. Timsit. Paris, 2001. P. 11–34*).

В рамках этой теории образующие тексты высказывания, в которых содержатся подлежащие применению нормы, не могут быть истолкованы в строгом смысле. Только само по себе решение имеет смысл, при этом принятие решения оказывается тождественным созданию нормы. Отсюда следует, что толковать — это не что иное, как принимать решение вне всякой связи с уже заданным значением. В другом месте было детально продемонстрировано, что такая теория страдает от непреодолимых трудностей.²⁸ То, что эта теория подразумевает под «толкованием», далеко от ясности. В действительности, применительно к этим достаточно разнородным концепциям речь идет о некоем свойстве лингвистических фактов. Если есть возможность того, что некоторые из этих фактов будут лишены значения, то это будет просто результатом расположения фактов таким способом, который не позволяет сделать отсылку к соответствующим объектам. Можно спорить о критериях, позволяющих установить, что одно высказывание наделено смыслом, а другое есть просто набор лишенных значения символов, но мы допустим, что такие критерии существуют. В целом мы также согласимся с тем, что могут возникать новые значения и что можно изучать механизмы эволюции значений. Мы также принимаем, что новые значения могут быть зафиксированы конвенционально — либо имплицитно, либо с помощью на прямую вводимых оговорок. Достаточно легко согласиться и с тем, что для естественных языков свойственна высокая степень неопределенности, которая в свою очередь является объектом изучения для лингвистики.

Вместе с тем происходит и нечто совершенно иное. Есть некие высказывания, которые более чем понятны для говорящих на определенном языке, особенно с учетом того, что некоторые участники дискурса напрямую воспринимали эти высказывания в качестве формальной Конституции. Тем не менее это множество высказываний будет лишено значения. Если бы значения не было, то оно было бы непознаваемо. Однако оно все же «придается» неким актом, который в свою очередь является высказыванием, составляющим часть решения, влекущего юридические последствия. За этим актом эксклюзивно закрепляется наименование «толкование», либо даже «аутентичное толкование». Трудность здесь состоит не только в том, что некоторые высказывания априорно лишены значения, а другие, наоборот, априорно им наделены, но и в том, что некоторые высказывания являются не чем иным, как актами придания значения другим высказываниям, которые сами по себе значения лишены.

Допустим, что у нас есть текст, составленный из высказываний {E1, E2, ..., En}. Но пока это еще грубые символы. Потом мы получаем другую серию высказываний {E'1, E'2, ..., E'n}, которые придают высказываниям {E1, E2, ..., En} значения {S1, S2, ..., Sn} по причине следствий {e1, e2, ..., en}. Такие значения будут принадлежать высказываниям {E1, E2, ..., En} только после их атрибуции и в зависимости от следствий {e1, e2, ..., en}. Но каковы же значения самих высказываний {E'1, E'2, ..., E'n}? Речь не может идти о тех же самых значениях, поскольку это привело бы нас к констатации того, что

²⁸ Cp.: *Pfersmann O. Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation.* — Ответ Мишеля Тропера: *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann.* — Моя собственная реплика на ответ М. Тропера: *Pfersmann O. Une théorie sans objet — une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper.* — См. также: *Pfersmann O. Critique de la théorie des contraintes juridiques // Théorie des contraintes juridiques / ed. M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak. Paris, 2005. P. 123–142* (о дополнительном направлении реалистической теории толкования).

после придания значений высказывания остались теми же самыми. Вместе с тем речь не может идти и об иных значениях, поскольку в таком случае было бы непонятно, каким образом эти высказывания могли придавать значения. Несомненно, следует понимать, что значение есть нечто полностью оторванное от высказываний. Однако такой вариант понять еще труднее, поскольку значение является (даже для сторонников реалистической теории толкования) отношением, а не полностью независимым объектом. Даже если бы значение было объектом, то ему не понадобилось бы одно высказывание для того, чтобы быть приданным другому высказыванию. Поэтому следует сказать, в чем же состоит значение соответствующих высказываний, иначе рассматриваемая теория останется абстрактной конструкцией без какого-либо реального экспликативного потенциала. Но если возможно объяснить, в чем же конкретно состоит значение (без чего экспликативный дискурс напрямую отражал бы нормотворчество), то здесь мы находим форму толкования в строгом смысле, хотя бы она и была категорически исключена. Ономастический софизм разрушает сам себя.

Ономастический софизм опирается на несколько дополнительных аргументов, которые, по сути, являются лишь альтернативными формулировками этого софизма.

Аргумент в пользу несоизмеримости. У толкования права есть характерная особенность, отсутствующая в других объектах, которые также называются «толкованием» — в праве толкование не имеет ничего общего с анализом значения. Однако речь идет лишь о переформулировании идеи о том, что в праве органы толкования занимаются вынесением решения, чего нет в других областях, где используется этот термин. Данный аргумент ошибочен, поскольку в области литературы или музыки исполнение текста ставит схожие проблемы: обычно анализ смысла текста говорит очень мало о том, какой выбор следует сделать между несколькими возможными исполнениями, а выбор исполнения зависит прежде всего от точного определения объекта.

Аргумент о некогнитивной природе толкования. Толкование есть не акт познания, а акт волеизъявления. Очевидно, этот аргумент опирается на то, что толкование не дает доступа к анализу значения текста или какого-либо иного объекта и что толкование состоит исключительно в «придании» или «определении» значения. При известных обстоятельствах этот аргумент мог бы иметь терминологическую ценность, например, если бы речь шла о простой фиксации случаев использования слова «толкование». Тогда мы говорили бы о том, что акт вынесения решения по конкретному делу называется «толкованием» и что в качестве нормотворческого акта такое «толкование», очевидно, не выполняет познавательной функции. Однако это было бы всего лишь весьма банальной и малоинтересной терминологической операцией. Вместе с тем рассматриваемый аргумент направлен именно на то, чтобы доказать, что толкование в строгом смысле не существует. Хотя этой цели данный аргумент никак не способствует, поскольку для этого следовало бы доказать невозможность познания значения всех вообще высказываний. В противном случае такая невозможность останется просто лишь постулатом, который, помимо прочего, будет трудно совместим с утверждением возможности познания значения других высказываний. Ведь если толкование есть акт волеизъявления, то такая операция равным образом невозможна.

Остается еще *аргумент о неопределенности текстов.* Конституционные «тексты» являются неопределенными, и именно по этой причине они лишены смысла; а поскольку они лишены смысла, то им можно «придавать»

смысл путем «толкования». Этот аргумент также основан на путанице. Очевидно, что многие тексты в большей своей части являются неопределенными. Но начнем с того, что вопрос о том, определен ли текст или нет, — это эмпирический вопрос, ответ на который подразумевает толкование в строгом смысле. По меньшей мере потребуются анализ высказываний, который продемонстрирует, что значение этих высказываний «не определено». Затем вполне может оказаться, что разные высказывания обнаружат разную степень неопределенности. Констатация различности степени неопределенности как раз предполагает, что существует некое значение, и что оно является предметом познания. Следовательно, отсюда мы уже не сможем вывести, что можно придавать тексту любое значение — можно придавать лишь то значение, которое вписывается в пределы неопределенности.

2.2. ИЗМЕНЯТЬ, НЕ ПРИМЕНЯЯ; ОБОСНОВЫВАТЬ, НЕ ПОЗНАВАЯ

Теперь предположим, что ономастический софизм принимается большим числом юристов. Они будут либо думать, что размышление над текстами напрямую приводит к правильному решению конкретных дел, либо полагать, что решения принимаются напрямую и вне всякой связи с текстами — принятие решений при определенных обстоятельствах будет основано на (долго-, средне- или краткосрочных) стратегических соображениях. В обоих случаях «толкование» понимается не просто как синоним «решения» — то, что мы называем «толкованием в строгом смысле», рассматривается здесь как невозможное, как несуществующее или просто как некая случайность. Если принимать позицию реализма, возможно лишь наблюдение за фактами. В качестве таких фактов в лучшем случае выступают реально вынесенные и признанные решения — именно такие решения образуют как толкование, так и значение текстов *ex post facto*. Таким образом, толкование в строгом смысле исключается. Если, напротив, принимать традиционную или герменевтическую теорию, то мы признаем, что решение обычно должно выноситься с учетом тех рассуждений, которые связаны с данными по делу фактами, — именно эти рассуждения диктуют нам соответствующий ответ. Возможно, в некоторых случаях данный ответ соответствует значению применяемых правовых положений, но это не является решающим критерием, поскольку согласно рассматриваемой концепции толкование как раз и состоит в поиске «действительно удовлетворительного решения». Иными словами, принимающее решение лицо думает, что его решение должно быть принято «само по себе», а не так, как правовые положения позволяют этому лицу выносить решения. В обоих случаях толкование/решение принимается и мотивируется вне рамок толкования в строгом смысле — в качестве «толкования» рассматривается решение по делу.

Последствия такой концепции оказываются радикальными. Получается, что при таких обстоятельствах нельзя иметь правовой порядок, организованный конституцией в формальном смысле этого термина. На самом деле, даже если и существует подобный инструмент, это означает, что нормотворчество подчиняется нормам, выраженным в эксплицитных высказываниях, и что эти нормы могут изменяться только согласно особым процедурам, которые в свою очередь эксплицитно сформулированы и являются частями рассматриваемого множества. Если значение данных правовых положений недоступно для познания либо незначимо или вообще не существует, то это просто ведет к констатации того факта, что нормы не существуют, либо не существует «конституции» в формальном смысле этого термина.

По нашему мнению, этого вывода можно избежать с помощью двух аргументов. Согласно первому из них содержание конституции предполагает неопределенность составляющих конституцию норм, согласно второму — следует поставить вопрос о концепции нормативности, которая в нашем рассуждении является основой концепции конституции. Однако ни первое, ни второе возражение неприемлемы.

Конституция разграничивает нормативные компетенции. Исходя из первого аргумента, можно предположить, что конституция ограничивается тем, что дает правомочие определенным органам разрешать дела согласно спонтанно (*ad hoc*) создаваемым механизмам, но при этом все же требуется, чтобы существовал нормативный механизм определения таких органов и их компетенций. Такой механизм не должен сводиться к простой записи *ex post facto* того, что фактически происходит, поскольку в таком случае речь уже не шла бы о правовом порядке. Таким образом, мы получаем минимальную конституцию, т. е. максимальное правомочие. Однако если такая конституция оказалась эксплицитно сформулированной, а значение составляющих ее высказываний оказалось познаваемым, то это произошло только за счет соответствующих методов, т. е. благодаря толкованию в строгом смысле. Если бы не существовало толкования в строгом смысле, то не было бы и минимальной формальной конституции.²⁹

Описываемые нами возражения оказываются неподходящими, поскольку правовые системы (как они понимаются здесь) состоят из норм, выраженных с помощью эксплицитных высказываний, а толкование в строгом смысле есть не что иное, как анализ значения этих высказываний. Это означает, что таким образом понимаемая нормативность всегда связана с существованием определенной лингвистической основы — ведь сама норма есть именно значение прескриптивного высказывания. Можно даже расширить область изучаемых нами (применительно к вопросу о нормативности) явлений и включить в них идеограммы (например, дорожные знаки с указанием номера трассы); но и значение этих идеограмм будет определено теми правовыми положениями, которые выражены на обычном языке.

В соответствии со вторым аргументом — который может быть сформулирован как в радикальной, так и в умеренной версиях — защищаемая нами теория не позволяет понять реалии правовых систем, поскольку сама основывается на ошибочной теории нормативности. Согласно радикальной версии следует принять альтернативную концепцию права; согласно умеренной версии (где признается семантика) следует, как минимум, задаться вопросом о том, до какой степени мы можем расширять границы того, что считается высказыванием, реально выражающим обязывание, запрет или разрешение.

²⁹ Возможно, здесь присутствует и материальная конституция? Речь идет о смежном вопросе, поскольку он напрямую не затрагивает формальных конституций. Если существует некая правовая система, то по умолчанию в ней есть материальная конституция, которая определяет способ создания общих и абстрактных норм. Такая материальная конституция по умолчанию доступна познанию своих адресатов, поскольку в противном случае речь шла бы просто об автоматизме в поведении. Этот вопрос относительно прост, если материальная конституция в свою очередь выражена с помощью высказываний. Даже если ее нормы не формализованы, путь к их познанию лежит через толкование в строгом смысле. В таком аспекте толкование может быть только толкованием в строгом смысле, поскольку иначе не было бы и таким образом понимаемой конституции, а следовательно, не было бы и самой правовой системы.

Мы не можем здесь заниматься углубленным изучением первого вопроса и поэтому ограничимся некоторыми указаниями. Прежде всего, следует спросить, а что же понимается под «альтернативной концепцией нормативности». Если речь идет просто об отрицании искусственного характера нормы и растворении ее в природной закономерности, то тут мы вообще не имеем никакой концепции нормативности. Однако если все же удерживаются границы между нормой и фактом, то альтернатива может заключаться лишь в понимании основы этих границ или их пределов, ведь, выступая в качестве искусственного объекта, норма всегда включает в себя тот артефакт, который ее выражает.

Иными словами, интерес этого вопроса — в той степени, в которой он допускает границу между фактичностью и нормативностью — состоит именно в понимании этой границы и зависимости юридической нормативности от лингвистической нормативности. Можно редуцировать к минимуму данное свойство знаков, выражающих обязанности, запреты и дозволения, но невозможно вообще уничтожить его.

Если под конституционным правом понимать простые поведенческие акты, которые сами по себе являются нормативными и не требуют предварительного (или последующего) уполномочивания их авторов, то отрицается существование обычного, изначально данного конституционного права. Знаки могут быть чрезвычайно примитивными и синкретичными, но при этом они не утратят свойство знаков и способность выражать нормативные предложения. Если иное не установлено, сами по себе простые поведенческие акты не могут служить знаками, выражающими нормы. Вместе с тем может быть установлено исключение из этого правила, и некоторые поведенческие акты при определенных обстоятельствах могут рассматриваться как формулировки нормативного предложения. Однако это предполагает, что согласно общепринятым в рассматриваемом обществе семантическим правилам данные акты могут восприниматься как выражающие нормативное предложение. Необходимо, чтобы любому нормативному предложению придавалось специальное значение нормы права. Это условие действует как для наиболее, так и для наименее эксплицитно выраженной юридической нормативности.

С учетом сказанного вполне возможно, что закрепленные за определенными органами правомочия будут очень широкими, а способ распределения компетенции окажется слишком неопределенным. Однако это не будет означать полного отсутствия определенности компетенций, даже если компетенции будут означать концентрацию всех правомочий в руках одного органа, абсолютного монарха, правящего в одиночку. Создание новых норм может оказаться очень простым, но такое нормотворчество не может смешиваться с тем, что просто происходит вокруг.

Следовательно, эта проблематика интересна в связи с вопросом о степени необходимости лингвистической коммуникации. Таким образом, умеренная версия вышеприведенного аргумента не является собственно возражением, а, скорее, представляет собой исследовательскую программу, встраивающуюся в рамки толкования в строгом смысле. Эта версия также предполагает различие между наделенными значением актами и актами, которые значением не наделены; она также исходит из разграничения между выбором определенного решения и аргументами, приводимыми в пользу такого выбора. Напротив, ономастический софизм направлен на полное стирание этой границы. Согласно основным версиям этого софизма толкование есть: 1) либо множество фактически вынесенных и остающихся действительными решений, в которых упоминается «Конституция»; 2) либо

множество индивидуальных решений, которые «получены» по причине того, что оказались удовлетворительными для принятия решения с учетом требований конкретной обстановки. В целях нашей аргументации допустим, что оба тезиса истинны; допустим также, что исследование подобных явлений можно вести путем применения достаточно корректных методов. В первом случае конституция оказывается объектом, сконструированным эмпирическим способом, т. е. путем накопления сведений и ретроспективных наблюдений. Из такой конструкции невозможно вывести что-либо относительно того, что в будущем окажется обязательным, дозволенным или запрещенным в рассматриваемой нормативной системе. Действительно, даже если можно предсказать те или иные поведенческие акты, исходя из наблюдаемых закономерностей, применительно к этим актам невозможно говорить об обязанностях. Даже если и существуют нормы, то они остаются непознаваемыми, поскольку их познание потребовало бы толкования в строгом смысле. Согласно второй гипотезе требования конкретной обстановки (такие, какими их воспринимает правоприменительный орган), в конечном счете, превалируют над применимыми правовыми положениями; поэтому изучение этих положений как таковых не является предметом толкования. Конституция в этом смысле будет иметь лишь индикативную ценность; и поскольку индикативные высказывания не имеют нормативно-обязывающего характера, то не существует и самой конституции. В то же время выносимые решения носят нормативный характер. Речь при этом не идет о нормативности юрисдикционного акта в рамках иерархии норм данной правовой системы, поскольку такая нормативность по определению зависит от тех норм, которые устанавливают статус этой иерархии. В рассматриваемой теории нормативность, напротив, переносится с уровня нормативных предложений на уровень решений. В первом случае подобное впечатление складывается по причине двусмысленного использования термина «конституция». С одной стороны, референт этого термина эксплицитно обозначается как объект, появляющийся в качестве используемой судьей аргументативной конструкции; с другой — термин «конституция» традиционно понимается как множество правил.³⁰ Равным образом это впечатление складывается под влиянием того факта, что именно толкование (понимаемое в рамках разбираемой концепции как решение, сопровождаемое мотивировочной аргументацией) создает норму. Во втором случае толкование рассматривается в качестве мотивированного решения и именно в таком качестве обретает нормативность. Таким образом, в рамках двух рассмотренных случаев решение представляется как мотивированное необходимым образом с помощью мыслительной операции, которая называется «толкованием», тогда как применимые по делу правовые положения, выступающие в качестве границ возможного выбора, оставляются без внимания. Следовательно, ономастический софизм оказывается идеологическим инструментом, служащим для изменения

³⁰ Очевидно, что можно выдвинуть возражение, которое будет состоять в том, что согласно реалистической теории толкование понимается как строго эмпирическое явление, которое по причине своего эмпирического характера не способно создать для реалистической теории подобную двусмысленность. Вместе с тем такая двусмысленность неизбежно появляется в тот момент, когда эмпирически наблюдаемые явления объявляются нормами, обладающими юридической действительностью. Если мы в целях нашей аргументации примем положения этой теории, то они позволят нам выявить право как доступный для наблюдения факт, но конкретными фактами, через которые мы наблюдаем право, будут именно нормы.

конституции вне тех рамок, которые конституционно установлены для ее изменения.

Рассматриваемый вопрос масштабен. Научное знание о праве как о нормативном порядке, обладающем особыми свойствами, связано с возможностью толкования в строгом смысле (для того чтобы определить допустимые варианты выбора). Такое толкование позволяет отделить эти варианты от вопроса о желательных вариантах выбора и об их возможном обосновании. Наука о праве в этом аспекте и есть не что иное, как толкование в строгом смысле, а наука конституционного права — толкование конституции в строгом смысле. В то же время создание права требует чего-то иного, чем познание права. С этой точки зрения изменение права (за исключением революций) предполагает применение правовых норм, которые регламентируют подобные изменения. Как конкретизация, так и изменение права (которое есть не что иное, как одна из форм конкретизации) зависят от толкования в строгом смысле.

Отрицание данной возможности и предложенных различий не только означает отрицание самого проекта научного познания права, но и обосновывает изменение права, которое осуществляется под видом применения права.