
О. Пферсманн*

**Против юридического неореализма.
По поводу спора о толковании****

Можно ли научно изучать нормы, составляющие правовую систему, и особенно нормы конституционного права? Этот вопрос ставится и обсуждается сторонниками взгляда на право, в рамках которого принято придерживаться таких принципов современного научного исследования, как рациональность,

* Пферсманн Отто (*Pfersmann Otto*) — профессор Университета Париж-1 Сорбонна. Перевод с фр. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

Оригинал опубликован в: *Pfersmann O. Contre néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation // Revue française de droit constitutionnelle. 2002. N 50. P. 279–334.*

** Настоящее исследование является продолжением размышлений о понятиях и методе теории права, особенно французской теории конституционного права. Основные этапы этих размышлений обозначены следующими моими работами:

1) понятие «действительность»: «*Pour une typologie modale de classes de validité normative*» (*La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright / Ed. J.-L. Petit // Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen. 1995. N 27. P. 63–113*);

2) определение норм во времени: «*Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques*» (*Revue de la recherche juridique. 1994. N XIX. P. 221–243*);

3) вопрос об иерархии норм: «*Carré de Malberg et la hiérarchie des normes*» (*Revue de la recherche juridique. 1997. N XXXI. P. 481–509*);

4) юридическая аргументация: «*Ontologie des normes juridiques et argumentation*» (*Raisonnement juridique et interprétation / dir. O. Pfersmann, G. Timsit. Publications de la Sorbonne. Paris, 2001. P. 11–34*);

5) концепция и теория правового государства: «*Prolégomènes pour une théorie normative de "l'État de droit"*» (*Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne / dir. O. Jouanjan. Strasbourg, 2001. P. 53–78*);

6) юрисдикционная функция: «*Le concept de "gouvernement des juges" (en réponse à Michel Troper)*» (*Gouvernement des juges et démocratie / dir. S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuchling. Publications de la Sorbonne. Paris, 2001. P. 37–52*);

7) сравнительное право: «*Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*» (*Revue internationale de Droit comparé. 2001. Vol. 53. P. 275–288*).

Предыдущие версии настоящей работы были представлены на коллоквиуме, посвященном творчеству Мишеля Тропера в Неаполе (Университет Федерико-II), организатор — профессор Франческо ди Донато, и на коллоквиуме по философии права, организованном в Брессаноне / Бриксене Университетом Падуи. Я бы хотел выразить мою искреннюю благодарность организаторам за их инициативу, а также участникам (особенно Мауро Барберис, Пьерлуиджи Кьяссони, Паоло Коммандучи, Риккардо Гуастини, Текле Маццарезе, Мишелю Троперу) за их критические ремарки, способствовавшие развитию моих взглядов. Разумеется, за все ошибки и недостатки данной работы остается ответственным автор.

Также благодарю Северин Блондель и Режи Понсар за вычитку рукописи данной работы.

объективность, нейтральность, верифицируемость гипотез согласно методологии, одновременно являющейся и строгой, и открытой для пересмотра. Широкое обсуждение этого вопроса франкоязычными теоретиками права и юристами, как кажется, приводит к полностью отрицательному ответу. Данную позицию занимают не только адепты естественного права и его современных ответвлений, которые считают ее самоочевидной. Как ни парадоксально, той же самой позиции придерживаются и сторонники школы, которая с очевидностью вписывается в рамки эмпирической науки. Для реалистической теории толкования все высказывания, касающиеся «конституции», «законов», «указов» или иных общих и абстрактных норм, не могут обрести ни малейшей доли научности. Скорее, для реалистов такие высказывания в качестве идеологического дискурса могут образовывать объект для юридической догмы, тогда как наука права призвана изучать только те решения, которыми разрешается некий спор. Именно эту научную позицию следует понять, обсудить и подвергнуть имманентной критике. Такая позиция производна от проблематики, общей для всех правовых систем; она обращается к вопросам теории права и предлагает радикальные и утонченные варианты решения этих вопросов. Вместе с тем она опирается на противоречивые посылки, которые не позволяют вывести желаемые заключения. Как раз это и будет продемонстрировано ниже.

Во всех более или менее развитых правовых порядках встречаются два явления, которые должны быть объяснены теорией права: с одной стороны, есть тексты, которые вводят общие и абстрактные правила,¹ с другой — выносимые юрисдикционными органами решения, касающиеся конкретных дел.² Зачастую трудно установить какую-либо связь между правилом и тем делом, в котором предполагается «применение» этого правила. Известно, что в некоторых правовых системах решения, вынесенные юрисдикционным органом высшей или исключительной компетенции, распространяются на все дела данного рода. Но нередко данные решения обладают и нормативной силой, выходящей далеко за пределы конкретного дела, которое были призваны рассмотреть эти юрисдикционные органы. Указанные решения при этом также становятся общими и абстрактными нормами, хотя бы они и были вынесены «во исполнение» иных общих и абстрактных норм.³ Здесь оказывается невозможным установить, будет

¹ Согласно употребляемой здесь терминологии выражения «правило» и «норма» применяются как синонимы и обозначают обязанности, дозволения и запреты, существующие в некоем правовом порядке. Обычно термин «правило» употребляется для обозначения норм, адресованных совокупности лиц, характеризующей общими признаками. Такое употребление может показаться полезным, но оно не может лишить характера нормы те правила, которые не обращены к такой совокупности лиц. В лучшем случае «принципы» являются лишь разновидностью нормы, обладающей высокой степенью общности и неопределенности и иногда — структурирующей функцией и более высоким статусом в иерархии. Речь здесь не идет о чем-то выходящем за пределы правил или о чем-то, что правилам можно противопоставить. Очевидно, что принципы, выступающие в качестве особого случая нормы, должны отграничиваться от принципов, составляющих «реалистическую теорию толкования», о которой пойдет речь ниже.

² Решение будет конкретным в том смысле, что юрисдикционный орган решает вопрос (совокупность вопросов), который поставлен перед этим органом на обсуждение — независимо от степени абстрактности и общности самого вопроса.

³ Очевидно, существуют системы, которые эксплицитно закрепляют общую нормативную компетенцию за юрисдикционными органами. Вместе с тем интересующая нас

ли правоприменительный акт находится в подчиненном отношении к тому, что он предназначен применять. Таким образом, мы оказываемся перед дилеммой. Возможно, общие и абстрактные нормы являются не нормами в строго юридическом смысле, а, скорее, индикаторами и инструментами, используемыми особым способом. Возможно, юрисдикционные решения являются если и не революционными, то, по меньшей мере, эксплицитно противоречащими тем правилам, которые устанавливают для этих решений рамки, и, стало быть, имеют сомнительную репутацию, хотя при этом могут содействовать эволюции правовых систем. В общем можно обрисовать три типа возможных решений проблемы, один из которых является политическим или «практическим», а другие — теоретическими, формулируемыми в совершенно разных направлениях.

«Практические» решения основываются, с одной стороны, на представлении о том, что юрисдикционные органы делают то, что забывают сделать / не могут предвидеть / не решаются предусмотреть те, кто устанавливает общие правила. С другой стороны, они основываются на этическом убеждении в моральной оправданности такого подхода и в том, что иного и быть не может, поскольку право «близко к жизни», сделано «людьми и для людей» и «отвечает ходу эволюционного развития обществ». Очевидно, что такое объяснение приемлемо с трудом, поскольку основывается на двойном смешении — смешении права и морали, права и фактичности. Данное объяснение совершенно не проясняет этот вопрос, поскольку непонятно, в чем же состоит функция общих норм. Если общие нормы не имеют никакой функции, то почему недостаточно просто учредить юрисдикционные органы вместо того, чтобы тратить огромное количество энергии на попытки задать этим органам некие установленные рамки легитимного действия? Также плохо понятно, как подобное представление может сочетаться с принятием демократии как основанной на праве системы (одним из элементов которой, как минимум, считается создание общих норм представителями народа или самими гражданами) и принятием правового государства (которое предполагает, что применение юридических правил происходит таким образом, что заранее известны параметры данных правил и что здесь не идет речь о некоем полностью недоступном для предвидения процессе). При этом

проблема представляется не зависящей от данного факта, поскольку в правовом порядке существуют и другие нормотворческие органы, кроме собственно органов юрисдикционных. Какой бы ни была сила правила прецедента в системе общего права, различие между действиями в пределах и за пределами полномочий остается фундаментальной и неразрешенной проблемой. Защитники классических воззрений говорят о верховенстве парламента (в Соединенном Королевстве) или конституции (в Соединенных Штатах) и рассматривают как выходящие за пределы компетенции и, стало быть, недействительные те юрисдикционные решения, которые вынесены без учета данного принципа. Сторонники противоположных воззрений полагают, что их противники не отдают себе отчета в тех реалиях, где всегда существует, как минимум, конкурирующая компетенция нормотворца-законодателя и нормотворца-судьи. Эти две теории испытывают симметрические трудности: либо нельзя понять, что же происходит в случае, когда решение действительно вынесено за пределами компетенции, но тем не менее остается интегрированным в правовую систему, либо же будет непредсказуемым распределение компетенции, поскольку нормотворец-законодатель всегда может лишиться компетенции нормотворца-судью, а последний — подвергнуть санкции нормотворца-законодателя (см. о данном противоречии между двумя школами: *Judicial Review and the Constitution* / ed. J. Forsyth. London, 2000).

представители обоих воззрений ссылаются в качестве обоснования на данные принципы. В конце концов, воинственный настрой юристов, аплодирующих тому, что называется «судейским активизмом», оказывается связанным с той судебной доктриной, в которой полностью обманываются надежды на кардинально иное направление развития судопроизводства, но при этом юристы не могут последовательно критиковать данную доктрину. Впрочем, такой энтузиазм находится в противоречии с мнением тех, кто ссылается (по причинам, которые формально как минимум не уступают по важности) на противоположные принципы и утверждает, что подобные судебные решения приводят только к поощрению «несправедливости».

Варианты теоретического решения проблемы основываются на попытках вести обоснование строго в юридических рамках. Вместе с тем данные варианты формулируются в двух противоположных направлениях. Одни теоретики формулируют «реалистический», другие — «нормативистский» ответ. Первые отрицают юридический характер общих норм, которые устанавливаются именно в качестве общих и поэтому являются нормами разве что только по имени. Сторонники такого подхода находят нормы лишь в судебном праве. Вторые считают, что судебные решения представляют собой зависимые от правовых норм явления, поэтому параметры данной зависимости необходимо строго обозначить согласно с фактами, свойственными каждой системе. Для сторонников последней точки зрения основной вопрос связан именно с проблемой «ошибочных норм» (но как тогда объяснить разрыв между процессом создания норм и самими фактически созданными нормами?), а эта проблема возникает, поскольку в правовом порядке существует множество нормативных форм (трудно себе представить, что некий правовой порядок обладает лишь одной формой или категорией) и поскольку одна из таких форм включает в себе условия создания других форм.

Каждая из указанных позиций имеет достоинства и недостатки. Заслугой реализма является изучение тех актов, которые в окончательном виде разрешают конфликты, однако юридическое обоснование⁴ таких актов при этом оказывается невозможным. Нормативизм делает возможным подобное обоснование, но ценой допущения таких способов решения конфликтов, которые могут одновременно быть и действительными, и ошибочными.

Объяснение эволюции правовых порядков через их конкретизацию и через их внутреннюю историю остается приоритетной задачей и одновременно вызовом для теории права. В современной французской теории права наиболее представленным является то направление мысли, которое обозначает себя как *реалистическая теория толкования*.⁵ Являясь оригинальным синтезом

⁴ Это утверждение верно лишь постольку, поскольку оно находится в строго реалистических понятийных границах. Теория средств аргументативного принуждения, разумеется, пытается показать, что появление этих способов обоснования связано со стратегическими средствами принуждения, механизм действия которых данная теория намерена прояснить. В то же время такая теория утверждает, что способы обоснования являются внешними по отношению к праву и имеют релятивный по отношению к преследуемой политической цели характер.

⁵ Разбираемая теория толкования называет себя именно «реалистической» теорией. Любая реалистическая теория говорит о существовании некоторых категорий объектов,

эмпирического прочтения кельзеновской традиции и различных традиций

о независимости таких объектов и об установлении возможных отношений между объектами посредством средств человеческого познания. При этом некоторые из указанных объектов могут быть познаны (по меньшей мере, до известного предела) с помощью соответствующих методов. Реалистическая теория толкования является эксплицитно антиреалистической в том, что касается области такого объекта, как «право», но одновременно имплицитно и непонятно почему реалистической в том, что касается такого предмета, как «толкование», и связанной с толкованием области «эмпирической действительности». Используемая данной теорией терминология, очевидно, широко распространена среди теоретиков права, которые придали данному выражению его недавно устоявшуюся форму, более близкую к форме литературных произведений и изобразительных искусств, чем к философской традиции, включая и современную. Реалистическая теория толкования предполагает представить определенные факты как единственно значимые, а все остальные факты — как релятивные по отношению к иным когнитивным или волевым актам, как не имеющие прямой связи с тем предметом, который как раз и следует анализировать. С этой точки зрения речь идет о принципиально антиреалистической концепции, поскольку она отрицает существование специфически юридических объектов. Такие объекты не имеют никакой онтологической опоры и поэтому не могут представлять собой предмет познания. Вместе с тем реалистическая теория толкования опирается (по меньшей мере, имплицитно) на онтологический тезис о независимом существовании тех объектов, которые способны войти в эмпирическую сферу («акты толкования»), и даже на эпистемологический тезис о том, что такие объекты могут быть познаны, в том числе и с помощью научного знания. В этом смысле речь идет о реалистической теории, но такой эмпирический реализм остается простым допущением без его обсуждения и без связи с контекстом современных споров о реализме. Такой нетеоретизированный эмпирический реализм служит опорой для нормативного антиреализма, который в свою очередь сводится к семантическому антиреализму, зачастую имеющему неопределенные контуры. В данном аспекте правильнее говорить о «юридическом антиреализме», тогда как выражение «реалистическая теория толкования» могло бы использоваться только для удобства и с учетом обозначенных ограничений.

Реалистическая теория толкования прямо поддерживает скептицизм по отношению к возможности доктринального юридического толкования (в качестве научного приема), но при этом непонятно, в какой степени такое толкование допускает или исключает существование общих норм, возможность их познания. Например, в этом аспекте в работе М. Тропера о юридической теории государства можно прочитать: «Необходимо утверждать, что оно [аутентичное толкование] является творцом не индивидуальных, а общих норм» (*Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris, 2001. P. 89), хотя, как кажется, неопределенность высказываний, с помощью которых формулируются общие нормы, предполагает обратное. Такой скептицизм по отношению к правилам может быть сопоставлен с позицией, которую Крипке приписывал Витгенштейну (*Kripke S. A. Wittgenstein. On Rules and Private Language*. Oxford, 1982). По поводу дебатов, спровоцированных появлением данной работы, см.: *Ebbs G. Rule Following and Realism*. Harvard, 1997.

Реалистическая теория толкования представляет собой очень важный институциональный аспект, который мы, разумеется, не будем рассматривать здесь, но имплицитное влияние которого тем не менее нельзя обойти молчанием. Данная теория связана с работой Центра теории права, в настоящее время являющегося частью CNRS и Университета Париж-10 Нантер. Она опирается на магистерскую программу по теории права, позволившую привлечь молодых исследователей. Было защищено немало диссертаций, регулярно организовывались семинары и коллоквиумы. Все возрастающий объем диссертаций, статей, материалов конференций — все это более или менее четко и определенно вписывалось в рамки движения. Таким образом, реалистическая теория толкования в определенный период казалась единственной теоретической концепцией, имеющей институциональную организацию и способной связать воедино четыре преимущества: 1) вовлекать в свое методологическое русло все возрастающее количество работ и все расширяющийся круг лиц (в этом отношении она была настоящей школой);

правового «реализма», данное направление утверждает, что право не существует в качестве нормативного объекта, и, следовательно, юридическая доктрина невозможна. Иными словами, согласно одной из наиболее разработанных и популярных среди французских специалистов по публичному праву концепций не существует специфически юридической научной деятельности и тем более какой-либо специфической научной сферы изучения права. Существует право как предмет научной дисциплины, но этот предмет связан с совершенно другим объектом — с решениями и актами аутентичного толкования (объект первого уровня) и с догматикой (объект второго уровня).

2) привлекать юристов-исследователей, интересующихся теоретическими вопросами и находящих в рамках данной школы мировоззренческую установку, имеющую большой критический потенциал, которая по принципиальным вопросам стояла в оппозиции традиционным доктринам; 3) многие из работ школы продемонстрировали связь между вопросами позитивного права и теоретическими основами, направляющими изучение права; 4) благодаря эмпирической ориентированности эта школа сумела показать связь между юридическими и политическими явлениями.

Реалистическая теория толкования является прежде всего разработкой Мишеля Тропера, профессора Университета Париж-10 Нантер. Он развивал основы этой теории начиная со своей докторской диссертации «*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*» («Разделение властей и конституционная история Франции») (Paris, 1980), в дальнейшем применяя ее для изучения проблем современного публичного права. Эта цель стала основной для реалистической теории толкования — в той форме, в которую облек ее Мишель Тропер в работах, объединяющих его основные статьи: «*Pour une théorie juridique de l'État*» («В защиту юридической теории государства») (Paris, 1994); «*La théorie du droit, le droit, l'État*» («Теория права, право, государство») (Paris, 2001). В то же время он не ссылаясь на варианты, разработанные его учениками или иными представителями данной теории, которые разными путями присоединились к ней (см. особо работы Оливье Кайла: Cayla O. 1) *La notion de «signification» en droit*. Thèse. Paris II, 1992; 2) *Droit // Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* / ed. M. Canto-Sperber. Paris, 1996. P. 439–446; 3) *Le coup d'État de droit? // Le Débat*. 1998. N 100. P. 108 sq.; 4) *Jeux de nains, jeux de vilains // Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996* / ed. G. Lebreton. Paris, 1998. P. 150–164; 5) *L'inexprimable nature de l'agent public // Enquête*. 1998. N 7. P. 75–96; 6) *La chose et son contraire (et son contraire etc.) // Les études philosophiques*. 1999. P. 291–310; 7) *Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit // Le Conseil constitutionnel a quarante ans*. Paris, 1999. P. 106–141).

Реалистическая теория толкования имеет много общего с генуэзской школой реалистов, образуя ее радикальное в своем нормативном скептицизме крыло. Библиография данной школы чрезвычайно богата. Похоже, что одним из основополагающих исследований является «*La semantica del neustico. Osservazioni sulla "parte descrittiva" degli enunciati precettivi*» (опубликовано в: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna il Molino, 1974). См. также: Comanducci P. 1) *Principi giuridici e indeterminazione del diritto // Analisi e diritto* / ed. P. Comanducci, R. Guastini. Torino, 1997. P. 55–68; 2) *Legal Interpretation; A Tentative Report // The Reasonable as Rational. On Legal Argumentation and Justification*. Festschrift for Aulis Aarnio / eds. W. Krawietz, R. Summres, O. Weinberger, G. H. von Wright. Berlin, 2000. P. 463–481; Guastini R. 1) *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milan, 1993; 2) *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milan, 1998; 3) *Interpretive Statements // Garzon Valdés E., Krawietz W., von Wright G. H. Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Festschrift for Carlos Alchourón and Eugenio Bulygin. Berlin, 1997. P. 279–292. — Радикальную в своем скептицизме позицию см.: Mazzarese T. «Norm proposition». A Tentive Defence of a Sceptical View // *In Search of a New Humanism* / ed. R. Egidi. Dordrecht, 1999. P. 193–204. — Анализ генуэзского скептицизма см.: Chiassoni P. *L'ineluttabile scetticismo della «scuola genovese» // Analisi e diritto*. 1998. P. 21–76.

Реалистическая теория толкования вместе с другими концепциями направлена на описание системы права совершенно иными приемами, чем приемы, используемые в традиционной доктрине, особенно в различных юснатуралистических построениях прогрессистского или консервативного толка. Основной оригинальной чертой рассматриваемой теории является то, что она выступает резко против чистого учения о праве (элементы которого большинство специалистов по публичному праву воспринимали в качестве основы для построения своих концепций, по меньшей мере в определенной исторической промежуток) и в то же время сохраняет критическую направленность этого учения. Реалистическая теория толкования также отграничивает себя от «реалистических» теорий скандинавских⁶ и американских правоведов. В некотором отношении данная теория разделяет исследовательские задачи аналитической философии, поскольку в центре ее разработок находятся «акты толкования» (акты определения значения), которые в этой теории считаются единственно достоверными данными. В тематическом плане ведущиеся этой теорией исследования направлены на наиболее актуальные и насущные проблемы эволюции современных конституционных демократий, особенно в том, что касается все возрастающего значения конституционной юстиции, «прав человека» и явлений наднациональной интеграции.

Реалистическая теория толкования имеет значительные заслуги. Прежде всего, она заново поставила вопрос о состоятельности правового идеализма и выступила против доктринизма, используя следующий эмпирический тест: «Каковы доступные наблюдению данные, которые подтверждают данное утверждение? С помощью какого акта окончательно разрешается изучаемый вопрос?». Следовательно, эта теория весьма агрессивным способом использует лингвистический анализ против доктринального догматизма. Кроме того, реалистическая теория толкования представляет собой один из наиболее сильных вариантов внутренней критики чистого учения о праве, в аргументации которого она пытается найти слабости и противопоставить таким слабостям результаты имманентной реконструкции проблематики. Тем самым данная теория парадоксальным образом способствует плодотворному переосмыслению кельзеновского наследия во Франции и, в более широком плане, дебатам по поводу аналитической эпистемологии права.

Если реалистическая теория толкования имеет какое-то функциональное значение, то оно заключается в обнаружении важнейших теоретических следствий, вытекающих из критики определенных базовых тезисов чистого учения о праве. Наука о праве в том смысле, который ей придается в рамках чистого учения о праве, была бы невозможна и оказалась бы идеологией в том плане,

⁶ Ross A. 1) *Towards a Realistic Jurisprudence*. Copenhagen, 1946; 2) *On Law and Justice*. London, 1958 (reprint, 1974); 3) *Directives and Norms*. London, 1968. — Творчество Росса было объектом многочисленных исследований, среди которых критика в адрес «*On Law and Justice*» («Право и справедливость») со стороны Ганса Кельзена (*Kelsen H. Eine «Realistische» und die Reine Rechtslehre // Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*. 1959. N 10. S. 1–25), а также критика со стороны Г. Л. А. Харта (*Hart H. L. A. Scandinavian Realism // Cambridge Law Journal*. 1959. P. 233–240). Среди недавних дискуссий см.: *Duxbury N. Patterns of American Jurisprudence*. Oxford, 1995; *Kennedy D. A Critique of Adjudication*. Harvard, 1997; *Martin M. Legal Realism: American and Scandinavian*. New York, 1997.

что представляла бы собой попытку представить некую политическую или этическую концепцию в качестве беспристрастного описания объективной действительности. Реалистическая теория толкования выступает как критическое преодоление чистого учения о праве, которое само по себе является критикой традиционной доктрины, но данная теория не может выступать с реабилитацией самой традиционной доктрины. При этом реалистическая теория толкования позиционирует себя как теория «права». Поэтому она должна предложить альтернативную экспликативную схему, т. е. дать убедительный ответ на вопросы: 1) что имеется в виду при рассмотрении «права» как объекта науки; 2) как можно разрешить гносеологические проблемы познания этого объекта; по меньшей мере, нужно развивать иные теории, которые позволили бы это сделать.

Здесь заранее нужно сделать некоторые оговорки. Речь пойдет вовсе не обо всех вариантах реализма в толковании, но исключительно о реалистической теории толкования в том облике, в котором она появилась и распространилась во Франции и в котором она излагается и защищается своими основными представителями. Также мы не будем говорить о двух других теориях, которые представляют собой развитие реалистической теории толкования, — о «теории актов аргументативного принуждения»⁷ и о «юридической теории государства». Последняя касается отношений между системой принципов и понятий, которые «формируют то, что обычно называют общей теорией государства»,⁸ с одной стороны, и общей структурой правовой системы — с другой.⁹ Теория актов аргументативного принуждения рассматривает то, что происходит, как «специфическое юридическое принуждение, поскольку для достижения определенной цели нет другого средства, кроме того, которое связано с формой юридической аргументации либо, по меньшей мере, представляется наилучшим. Разумеется, вполне вероятно, что актер не осознает действие указанного принуждения и не применяет подобное средство, но в таком случае он не достигает своей цели».¹⁰ Эти концепции кажутся тесно связанными друг с другом.¹¹ Они касаются вопроса о необходимости и функциях понятий, а также аргументов,

⁷ Кроме уже упомянутых скандинавских, американских и итальянских школ существует большое количество других вариантов, иногда близких реалистической теории толкования. Ср., напр.: *Friedman L. M. On the Interpretation of Laws // Ratio Juris. 1988. N 3. P. 252–262; Mos U. Sawa Frydman: A Polish Legal Realist // Ratio Juris. 1991. N 4. P. 72–78.*

⁸ Следует выделять теорию актов аргументативного принуждения, чьим предметом является изучение способа воспроизводства тех ограничений, которым подвержен автор акта аутентичного толкования при использовании формы «юридической аргументации». Речь идет об актах аргументативного принуждения, связанных с тем, что любой автор акта аутентичного толкования интегрирован в сеть фактических механизмов властного принуждения, с применением которых и связано толкование (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 314.*)

⁹ *Ibid.* P. 20.

¹⁰ *Ibid.* P. 22.

¹¹ См. статью Мишеля Тропера «*Les contraintes argumentatives*» («Аргументативное принуждение»), которая должна быть опубликована в сборнике материалов международного colloquium по вопросам актов юридического принуждения, который состоялся в октябре 2000 г. в Париже. По поводу споров о данной концепции и ее связи с реалистической теорией толкования см. мою статью «*Critique de la théorie des contraintes juridiques*»

используемых для обоснования либо определенных утверждений в дискуссии, которую можно рассматривать в качестве «юридической», либо правовых или моральных норм. Возможно, юридическая теория государства в связи с этим является не чем иным, как применением теории актов аргументативного принуждения, но здесь мы не будем заниматься этим вопросом. Обе названные теории предполагают реалистическую теорию толкования в качестве теории «правового» реализма, т. е. теории, имеющей своим объектом «право». В рамках «права» как объекта этих теорий возникают определенные понятия или определенные акты аргументативного принуждения. К «праву» также могут отсылать те дискурсы, изучением которых занимаются указанные теории.

Выбор нами проблемных блоков связан с намерением убедительно продемонстрировать экспликативный потенциал этих теорий. Подобное ограничение при выборе неизбежно несет риск произвольного исключения тех аргументов и элементов, которые могли бы дополнить рассматриваемую концепцию в ее целостном единстве. Вместе с тем рассматриваемый подход интересен как раз тем, что позволяет прояснить, оспорить или пересмотреть предпосылки, методы и ожидаемые результаты.

Реконструирование данной теории должно позволить ее имманентную критику.¹² Здесь недостаточно утверждать, что принятие выводов из данной теории делает невозможным развитие науки о праве, за исключением некоей разновидности политической социологии. Ведь цель реалистической теории толкования состоит именно в демонстрации того, что все остальные попытки объяснить право оказываются простой идеологией.¹³ А сама эта теория объясняет, что она не придерживается какой-либо гипотезы о «праве» или какого-либо понятия «права» в качестве нормативного объекта, но рассматривает право в ракурсе социологии подчинения (*sociologie de l'obéissance*). Однако заострение внимания на редукционизме данной теории не означает обнаружение ее слабости. Вместе с тем, исходя из посылок этой теории, можно утверждать, что она имеет многочисленные несостыковки и что рассуждения в рамках

(«Критика теории аргументативного принуждения»), которая должна появиться в том же сборнике.

¹² Ср.: *Troper M.* La théorie du droit, le droit, l'État. P. IX.

¹³ Странно наблюдать, что реалистическая теория толкования стала объектом для достаточно небольшого количества критических работ. См., напр.: *Guastini R.* Michel Troper e l'interpretazione della costituzione // *L'analisi del ragionamento giuridico* / eds. P. Comanducci, R. Guastini. Vol. 2. Torino, 1989. P. 249–265 (здесь стоит отметить ограничение реалистической теории толкования областью юрисдикционных решений); *Leben C.* Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire // *Chaim Perelman et la pensée contemporaine* / ed. G. Haarscher. Bruxelles, 1993. P. 215–235 (критика искусственного ограничения реализма системами прецедентного права, которые установлены юрисдикционными органами); *Béchillon D. de.* L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation — réflexions critiques // *Revue de la recherche juridique*. 1994. P. 246 sq. (см. ответ М. Тропера в том же номере: P. 267 sq.); *Timsit G.* Contre la nouvelle vulgate // *Colliard J.-C., Jegouzo Y.* Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac. Paris, 2001. P. 31–48. — Существуют многочисленные неопубликованные работы, касающиеся этих проблем, в частности магистерские диссертации; см., напр.: *Paour R.* Le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle. Aix-Marseille III, 2000.

реалистической теории толкования приводят к невозможности конструирования того исследовательского поля, которое данная теория готовит для себя.

За исключением ряда кратких замечаний, мы также воздержимся от попыток включить рассматриваемую здесь проблематику в современные философские или юридические споры.¹⁴ Позитивный способ решения проблемы толкования с трудом мог бы обойтись без такого включения, но наша цель — изучение только данной отдельно взятой теории, ее архитектоники, ее внутренней связности, использование ею чистого учения о праве в качестве материала для контраста.

Здесь мы воздержимся от разработки альтернативной теории (даже в общих чертах) и не будем заниматься защитой тех концепций, которые подверглись атакам со стороны реалистической теории толкования. Данная работа посвящена анализу и внутренней критике определенной теории права. Ее целью не будет выдвижение некоего конкурирующего проекта, разве что выводы из критики можно будет рассматривать как материал для разработки такой программы. Для сохранения целостности изложения материала мы все же остановимся на некоторых вопросах, в которых реалистическая теория толкования опирается на критику чистого учения о праве. Это ни в коем случае не будет попыткой показать или просто утверждать, что чистое учение о праве оказалось правильным, а реалистическая теория толкования — неверной. Напротив, данный вопрос остается совершенно открытым. Речь пойдет о формировании контекста для спора и, соответственно, для указания тех мест, в которых интерпретация чистого учения о праве является спорной; это позволит лучше понять сущность проекта правового реализма.

Здесь мы попытаемся: I) изучить общую архитектуру реалистической теории толкования; II) изучить способ, которым данная теория дистанцируется от определенных тезисов учения Кельзена; III) изучить те трудности, которые заставляют обратиться к обновленной версии правового реализма; IV) показать, что данная версия не позволяет достичь поставленных ею целей.

I. Конструкция теории

Несмотря на то что рассматриваемая теория считает себя «реалистической теорией толкования», она прежде всего является общей теорией права и теорией принятия решений. Она является теорией толкования лишь постольку, поскольку употребляет термин «толкование» не для семантического анализа (который сторонникам этой теории в рамках права представляется невозможным), а для определения значения, придаваемого текстам «правоприменительными органами». Реалистическая теория толкования получается из изысканного сочетания трех позиций: эмпиризм, который из опыта делает единственный

¹⁴ Очевидно, что основополагающие тезисы реалистической теории толкования находятся в центре многочисленных философских и теоретико-правовых споров. Вопрос о толковании не может всерьез обсуждаться без учета таких споров. Но задача настоящей работы намного скромнее, поскольку речь идет только о реконструкции архитектоники этой теории и об изучении ее последовательности. Поэтому здесь не место для детального обсуждения поставленных вопросов самих по себе, и по этой причине мы не приводим библиографию подобных споров, самый краткий список которой вышел бы далеко за пределы, намеченные для настоящей работы.

критерий познаваемости вещей, а из чувственно воспринимаемого акта — критерий для установления такого акта; волюнтаризм, который связывает весь процесс воспроизводства норм с выбором цели властным органом, что всегда имеет внешний эффект по отношению к сознанию; принцип определенности, который требует, чтобы любая норма имела четко определенный объект, ясно предписываемое действие. Если взять реалистическую теорию толкования в качестве системы, то она образует единство нескольких положений, которыми развиваются интуитивные тезисы, заложенные в основание этой теории. Некоторые из этих положений вводятся бездоказательно в качестве первичных элементов, другие выводятся из них дедуктивным путем. Но в рамках этой теории никогда не проводилось эксплицитное и систематичное деление между первичными и производными положениями. Реалистическая теория толкования также сталкивается с проблемами последовательности. Для того чтобы развить весь потенциал данной теории, нужно провести более четкую границу между первичными и производными тезисами. В качестве следствий нужно было бы рассматривать те положения, к которым эксплицитно применим статус следствий, тогда как другие положения принимались бы как исходные посылки. В дальнейшем мы возвратимся к отношению между первичными и производными положениями в целях четкого деления между основаниями и выводами. Ниже мы дадим описание права по реалистической теории толкования (А), а также предложим способы развития и применения следствий из этой теории (В).

А. Область права

Если рассматривать реалистическую теорию толкования в целом, то можно выделить следующие положения:

1) существует эмпирическая действительность, доступная наблюдению (*объективный эмпиризм*);¹⁵

2) существуют значения, выраженные с помощью высказываний, которые являются лингвистическими величинами, доступными наблюдению (*семантический эмпиризм*);

3) норма является значением высказывания, которое выражает «акт воли» и предписывает (разрешает, запрещает) определенную последовательность действий (*семантико-нормативный волюнтаризм*);¹⁶

4) *онтология права*:

а) юридическая норма есть норма, обоснованная тем способом, который считается адекватным в данном обществе;¹⁷

¹⁵ Даваемые здесь курсивом выражения необходимы нам только для удобства в работе с этими тезисами.

¹⁶ «Поэтому необходимо... вернуться к определению нормы как значению некоего акта или некоего факта» (*Tropier M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 64, 82, 140*).

¹⁷ «Обязательный характер или действительность никогда не составляют ни объективное свойство нормы, ни ее способ существования. Отношение также не является объективным, но представляет собой форму связи, вводимую автором высказывания. Если такая форма связи считается адекватной в данном обществе, то это вопрос факта, а решение рассматривается в качестве обоснованного, и в этом смысле можно сказать,

- b) правопорядок есть система юридических норм, т. е. система обоснования;¹⁸
- 5)
 - a) толкование есть придание значения некоему множеству высказываний (тезис о действенном толковании);
 - b) реалистическая теория толкования занимается только толкованием в области права (принцип особенности);¹⁹
 - c) некоторые акты толкования имеют действие в правопорядке (принцип эффективности толкования); это — аутентичное толкование;
 - d) толкование, осуществляемое лицами в статусе наблюдателей по отношению к правопорядку, лишено действия в данном правопорядке; это — доктринальное толкование;²⁰
 - e) описание актов аутентичного толкования является предметом науки о праве;
 - б) нормативные тексты являются неопределенными (принцип текстуальной неопределенности);²¹

что оно обладает характером нормы. Тогда правовая система является именно системой обоснования» (Ibid. P. 174).

¹⁸ См. предыдущую сноску.

¹⁹ Здесь можно отметить различие между предметом реалистической теории толкования (описание определенных действий по толкованию в качестве фактов), с одной стороны, и предметом теории актов аргументативного принуждения (способа, которым акторы обосновывают стратегии, используя ту форму аргументации, которая выступает в качестве «юридической») — с другой.

²⁰ Различие между «доктриной» или «юридической догматикой», с одной стороны, и «наукой о праве» — с другой, введено в разделе «Наука права и юридическая догматика» работы М. Тропера (*Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État. P. 3–18*). Науке о праве следует быть объективной, нейтральной, верифицируемой; ее предметом должны быть изучение поведения, связанного с производством норм путем толкования, либо же акты аргументативного принуждения при подготовке и осуществлении толкования. Доктрина или юридическая догматика — это деятельность, связанная с оценочными суждениями и преследующая практические задачи; доктрина не является нейтральной, а составляющие ее правовые установления не могут быть верифицированы или фальсифицированы.

²¹ Ср.: «В юридических текстах не найти никакого смысла» (*Troper M. Une théorie réaliste de l'interprétation // Dossiers. Théories réalistes du droit. Strasbourg, 2000. P. 54* (перевод: *Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 7–19*)); «Текст всегда должен быть объектом толкования, и не только в случаях, когда смысл текста неясен» (Ibid. P. 55). «Важно также подчеркнуть, что текст, каким бы он ни был, даже если казался бы совершенно ясным, тем не менее должен быть истолкован» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 82*); «Объектом толкования на самом деле является не норма, а текст, по отношению к которому толкователь пытается выяснить то, какую норму заключает в себе этот текст. Сказать, что текст может нести в себе разные смыслы, означает, что он может содержать в себе множество норм, и правоприменительный орган должен сделать выбор между ними. До того как осуществлен выбор, нет подлежащей применению нормы, но есть только текст» (Ibid. P. 304).

Этот важнейший для конструирования рассматриваемой теории тезис, очевидно, поднимает сложнейшие вопросы философии языка. Достаточно отметить, что данное утверждение никогда не обсуждалось по-настоящему в рамках реалистической теории толкования в контексте современных философских изысканий. См. в философии: *Wright G. Realism, Meaning and Truth. 2nd ed. Oxford, 1993*; *Soames S. Skepticism about Meaning: Indeterminacy, Normativity, and the Rule-Following Paradox // Meaning and Reference: Supplementary / ed. A. Kazmi. Vol. 23 (Canadian Journal of Philosophy. 1998. P. 211–249)*; в теории права: *Thaler M.*

7) прескриптивное правовое установление имеет значение, только если такое значение «определено» (*принцип нормативной определенности*);²²

8)

a) доктрина не может заниматься толкованием «юридических» нормативных текстов;

b) доктринальное толкование не существует (*доктринальный скептицизм*);

9)

a) толкование есть акт воли (но не акт сознания) (*волютаризм в толковании*);²³

b) любое толкование имеет оценочный характер;

c) нормы создаются только в результате (аутентичного) толкования (*реализм в толковании*);

10) высшие «правоприменительные органы» окончательно определяют значение текстов (*принцип органического аутентичного толкования*);²⁴

11) решения высших органов навязываются адресатам таких решений (*эфективность решений*);²⁵

12) нормы являются фактами (*строгий редукционизм*);

13) право и политика (властные структуры) не могут быть четко разграничены.

Необходимо иметь в виду совокупность всех этих разнородных элементов в реалистической теории толкования, чтобы понимать внутренний механизм действия этой теории.

Общий эмпиризм и семантический эмпиризм составляют эпистемологические основы данной теории и вводятся в нее бездоказательно. Общий эмпиризм методологически не обосновывается и не определяется. Если есть информация о неких событиях, то способ их презентации не проблематизируется. Мы имеем дело с эмпирической теорией, которая не дает никакого указания, как конкретно устанавливать опытные данные. По меньшей мере, в качестве

Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung // Forschungen aus Staat und Recht / eds. G. Winkler, W. Antonioli. T. 59. Wien; New York, 1982; Kress K. Legal Indeterminacy // California Law Review. 1989. N 77. P. 283 sq.; Bix B. Law, Language, and Legal Determinacy. Oxford, 1993; Coleman J., Leiter B. Determinacy, Objectivity, and Authority // Law and Interpretation / ed. A. Marmor. Oxford, 1995. P. 203–278; Endicott T. Vagueness in Law. Oxford, 2000.

²² Ср.: «До того как осуществлен выбор, нет подлежащей применению нормы, но есть только текст» (выбор поэтому касается только значения) (Tropser M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 304).

²³ «Как продемонстрировано многими авторами, толкование является не актом познания, но актом воли» (Ibid. P. 99).

²⁴ «Но в качестве аутентичного может рассматриваться только толкование, которое в окончательной форме дается судом, поскольку именно суд является творцом общей нормы — того значения текста, которое следует применять» (Ibid. P. 90).

²⁵ См., напр.: «Проявлением действия акта толкования является то, что такой акт навязывается, независимо от его содержания» (Tropser M. Une théorie réaliste de l'interprétation. P. 53); «С таким указанием, которому нижестоящие суды и субъекты данного правового порядка должны соответствовать под угрозой отмены их решений для судов, под угрозой наказания за отклоняющееся поведение для субъектов... Данная общая норма [толкование, данное в окончательной форме судом] является обязательной для нижестоящих судов, для лиц и властных органов, которые подчинены юрисдикции данного суда» (Tropser M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 90).

предварительной посылки предполагается, что реальность событий может быть доказана путем априорных методов. Общий эмпиризм легко сочетается с позициями научного реализма в философии, но лишь в том смысле, что реалистическая теория толкования представляет собой реалистическую доктрину в философском смысле.

Равным образом семантический эмпиризм принимается бездоказательно: не уточняется, на основе какой теории значения базируется такой эмпиризм. По меньшей мере, необходимо допустить, что существуют доступные наблюдению лингвистические объекты, и предположить возможность наделения значением этих величин, независимо от того, как оно осуществляется. Установление лингвистических объектов должно базироваться на возможной независимости от установления значения этих объектов, но если такие объекты вообще существуют, то они всегда имеют значение. Вместе с реалистической теорией толкования можно предположить, что для некоторых высказываний значение не определено, для других высказываний оно определено полностью или в незначительной пропорции. Отсюда следует, что должна быть возможность установления таких значений, поскольку они имеют ту или иную меру определенности.

Нормативный волюнтаризм вытекает из общего эмпиризма. Норма — если вообще такая вещь существует — может быть только фактом среди других фактов. Те факты, которыми занимается реалистическая теория толкования, являются «актами воли» (здесь эта теория следует чистому учению о праве). В чем конкретно заключаются такие акты — никогда по-настоящему не объяснялось ни той, ни другой теорией.²⁶ Несомненно, достаточно допустить, что «воля» отсылает к психологическим данным, к определенным ментальным актам, цель которых состоит в осуществлении определенных действий. Стало быть, можно сказать, что «нормой» является то, что выражает такое ментальное состояние. Следовательно, существует внелингвистическое понятие «норма» наряду с лингвистическим понятием, выраженным в положении № 3 (см. выше). Реалистическая теория толкования обладает тем очевидным преимуществом по отношению к чистому учению о праве, что более четко связывает норму с лингвистическими объектами, чем с психологическими данными.²⁷ Но об отношениях между этими двумя видами величин ничего не известно. Также не известно о том, как четко устанавливаются лингвистические явления, значение которых заключается в том, что определенные действия обязательны, дозволены или запрещены. В целях понимания рассматриваемых теорий достаточно допустить, что определенные явления существуют, что возможно установление

²⁶ Pfersmann O. Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique // *Droits*. 1999. N 28. P. 83–98.

²⁷ Разумеется, Кельзен прежде всего удачно критикует психологизм при определении нормы (см. об этом: *Ibid.*), но если воля не рассматривается в качестве психологической величины в «Чистом учении о праве», то эта теория рассыпается, поскольку речь идет об установлении смысла определенных актов (например, факта того, что некоторые лица встают в зале Национального Собрания при принятии закона), т. е. эмпирических явлений. Конечно, было бы просто объяснить, в чем конкретно состоит воля каждого из этих лиц в данном конкретном случае, но речь всегда идет именно о тех актах воли (в психологическом смысле), которые имеют некое значение, выходящее за пределы психологических величин.

таких явлений. Если мы допускаем «семантизм», то это означает, что по отношению к любому правовому установлению «Е» с помощью соответствующих методов (о которых нам ничего не известно, но в целях понимания этих теорий мы также допускаем, что обладаем такими методами) мы можем сказать, что значение «Е» есть норма; либо же мы можем сказать, что значение «Е» не есть норма.

Даже если мы в точности не знаем, *какова* эта норма, нам известно, что она существует или что она не является нормой. Поэтому всегда можно сказать (при прочих равных условиях), в чем состоит данный аспект значения того или иного правового установления.

Для упрощения ситуации будем называть «толкованием» акт придания смысла некоему множеству высказываний.

С одной стороны, речь пойдет о некоей дефиниции, о категории актов, которая имеет свое название. Но это еще ничего не говорит о природе такого акта. Реалистическая теория толкования, как показывает ее название, является теорией, задача которой состоит в определении этой природы. Не претендуя на изучение других сфер, данная теория касается только сферы права, что приводит к введению принципа специализации.

С другой стороны, речь идет об одном из элементов *теории значения*. Здесь важно то, что согласно данной теории значение представляет собой *результат некоего акта*, но не является первичной данностью, которую можно было бы исследовать с помощью априорных методов. Необходимо, чтобы значение было *определено* в том смысле, что вмешательство некоего явления должно произвести изменение в устройстве самого объекта. В логическом и во временном измерении должно быть «до» и «после», должен существовать объект «О», *не наделенный* значением, и объект «О», *наделенный* значением. Именно объект, не наделенный значением, называется «текстом» в реалистической теории толкования. Данный семантический аспект реалистической теории толкования характеризуется в настоящей работе как «тезис об эффективном толковании», чтобы подчеркнуть, что значение является *производным от некоего акта*.

Существенным элементом доказательства является определение природы толкования. Назовем «текстом» некое множество высказываний, независимо от того, на что такие высказывания опираются. Согласно принципу текстуальной неопределенности любой текст не определен, т. е. *в качестве текста* не обладает *никаким* значением. В доказательство этого положения можно привести немало причин. Во-первых, действием в правовом порядке обладает именно некий акт, который, опираясь на некий текст, определяет смысловой выбор. До момента такого выбора, стало быть, смысла не существует. Во-вторых, практически невозможно установить намерение того, кто создал текст, поскольку для этого нужно знать ментальное состояние всех тех, кто участвовал в формировании текста. Это ведет к практически неразрешимым трудностям, а результат такой реконструкции (если к какому-то результату вообще можно прийти) всегда будет случайным. И даже если окажется возможным установить последовательное ментальное состояние этих лиц, то это состояние не будет зеркально отражать только события вокруг формирования текста. Поэтому необходимым окажется *конструировать* некое субъективное намерение, которое никогда не существовало в действительности. Наконец, нужно будет сделать выбор из

множества смыслов, которые можно найти за пределами субъективного намерения, смысл, сам по себе не заданный соответствующим текстом.²⁸

Принцип текстуальной неопределенности предполагает, что никакой научный прием, даже самый изощренный, не может устранить такую неопределенность. Здесь можно привести еще два дополнительных довода. Первый связан с определением, которое дается толкованию в праве. Гипотетически, такое определение не будет иметь никакого эффекта в правопорядке. Второй довод состоит в том, что подобное определение невозможно в силу самих критериев научности: доктринальное толкование всегда будет сталкиваться с неопределенностью текста, не будучи при этом в состоянии найти доводы в пользу того или иного варианта выбора. Выбор как раз и оказывается задачей толкования, которое действует в правопорядке — речь идет об аутентичном толковании. Поэтому принцип неопределенности эквивалентен доктринальному скептицизму. И наоборот, норма всегда (если согласиться с этой посылкой) является определенной, т. е. она не может не ответить на вопрос о том, в чем состоит обязательное, дозволенное или запрещенное действие. Именно это и отличает текст от нормы: текст никогда не является определенным, норма всегда является определенной, по меньшей мере в том смысле, что она «оказывает действие в рамках правопорядка».²⁹ По этой причине принцип текстуальной неопределенности оказывается равнозначным принципу нормативной определенности. Поскольку толкование в качестве определения значения не может вытекать из акта познания, то оно не может иметь иной источник, кроме акта воли. А это приводит к нормативному волюнтаризму. Если любое толкование (понимаемое как определение значения) состоит из определенного эффекта, вытекающего из акта воли (а такой эффект, в свою очередь, состоит в выборе предпочтительного варианта среди нескольких), то равным образом можно сказать, что «любое толкование предполагает оценку».

Если толкование вытекает из акта воли, то ответственные за акты толкования институты будут называться «органами». Реалистическая теория толкования определяет эти органы как «правоприменительные органы» в том отношении, что производимые ими акты воли наделяют смыслом тот текст, смысл которого до этого был не определен. Поэтому применение текста действительно является способом создания нормы, т. е. определения нормативного значения. Но указанные органы имеют различный статус. Некоторые могут окончательно решать вопросы, другие нет. Толкование в этом смысле будет органическим (или аутентичным), поскольку именно данные органы (правоприменительные) определяют значение текстов, но только высшие органы обладают способностью определять значение в строгом смысле, поскольку осуществляемый ими выбор по определению будет бесспорным. По этой же причине акты толкования со стороны таких органов будут навязаны адресатам. Указанные акты по определению производят действие в правопорядке, делая это окончательным образом.

²⁸ См. критический разбор этих аргументов в: *Hensche M. Auslegung und rechtsfortbildende Explikation des Gesetzes. Zur Kritik des «Willensarguments» // Archiv für Recht- und Sozialphilosophie. 2001. N 87. S. 373–401.*

²⁹ *Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 53.*

В. Скептические выводы

Выводы из реалистической теории толкования касаются всех интересующих юриста сфер и заставляют его полностью пересмотреть природу тех вещей, с которыми он имеет дело: 1) правопорядка, 2) доктрины, 3) теории права.

1) Фактичность правопорядка

Если в рамках данного анализа предположить возможность доказательства основных элементов реалистической теории толкования, то можно прийти к выводам, которые покажутся весьма странными сторонникам других подходов. Принцип неопределенности очень легко позволяет установить, что Конституция (носящий это название текст либо обозначение иного эквивалентного явления в данном правопорядке) не образует нормы (или совокупности норм), поскольку речь идет всего лишь о тексте. Иными словами, нужно принимать во внимание, что вовсе не Конституция является основным законом (нормой или совокупностью норм). Фактически это вытекает из толкования текста Конституции, а любое толкование является органическим.³⁰ Поскольку может существовать множество высших органов, то конституцией можно называть формируемую этими органами систему.³¹ Из этого следует, что иерархия норм, как она обычно понимается (пирамида норм, в рамках которой конституция находится на вершине, а нормы, условия действительности которых устанавливаются конституцией, находятся на нижестоящих уровнях), является лишь иллюзией. Фактически не может существовать никакой иерархии текстов — такая иерархия может существовать только между нормами. Поэтому нет другой иерархии норм, кроме той, которая определена в результате и в рамках толкования.³² И такая иерархия является лишь отражением властной иерархии.³³

Из того, что тексты являются неопределенными, нормативное значение устанавливается только в результате их органического толкования, а акт толкования (если нет ранее установленной нормы) не может быть чем-то связан заранее, следует тривиальное заключение: толкование есть свободный юридический акт, который может иметь какое угодно содержание. Не существует никакой связи между неопределенностью текста и определенностью толкования, поскольку неопределенность текста никоим образом не содержится в рамках совокупности возможных решений. Право не может определять направление толкования, поскольку именно толкование создает норму, а стало быть, и право. Единственное ограничение на правомочие толковать тексты — это то, которое распространяется на любую власть, т. е. фактические сдержки, создаваемые другими властями.³⁴ Толкователь текста юридически свободен в том смысле,

³⁰ Ibid. P. 305.

³¹ «Конституция есть именно единство правил: это — «организация», система органов» (Ibid. P. 306).

³² *Troper M. Une théorie réaliste de l'interprétation. P. 63.*

³³ «Иными словами, согласно реалистической теории иерархия норм отражает властную иерархию» (Ibid.).

³⁴ Возможно, осуществляющие толкование лица принуждают сами себя путем принятия определенных доводов или использования определенных юридических форм.

что нет *никакой* нормы, которая навязывала бы ему выбор между допустимыми решениями перед осуществлением акта толкования. Отсюда следует, что он не только определяет норму, которой разрешается тот или иной вопрос, но и одновременно создает еще одну норму, наделяющую его компетенцией на осуществление данного акта толкования. Итак, в данном случае толкователь, как кажется, находится в нормативном универсуме. Но наиболее удивительным и радикальным является то следствие, которое относится к модальному статусу самих норм. Чистое учение о праве строго придерживалось выводов, вытекающих из деления между фактическим и нормативным, отсюда следовала невозможность выведения высказываний с прескриптивным значением из высказываний с чисто дескриптивным значением, и наоборот.³⁵ Но конституция является фактом, равно как и является фактом и применение конституции, поэтому фактом является и толкование. В праве и нет *ничего* другого: право есть именно совокупность фактов, установленных через акты толкования со стороны тех, кто *таким образом* осуществляет определенное правомочие.

2) Эмпирическая природа науки о праве

Если принять доводы реалистической теории толкования, то вытекающие из них следствия для научного познания права очевидно катастрофичны: такое познание не будет существовать. Либо же знание о праве не будет научным, либо же оно будет направлено не на право.

Достаточно соединить эмпиризм с принципом определенности. Невозможно научно описать то, что дается в опыте — только нечто определенное может формировать объект опытного познания. А то, что не определено, может быть только объектом определяющего выбора, объектом оценки. Результат

Исследование явлений не ведется в рамках реалистической теории толкования, которая ограничивается установлением юридической свободы субъекта толкования, но не занимается исследованием возможных фактических механизмов, задействованных при создании нормативных актов или совершении юридически значимых действий (как, например, отставка). Эту теорию также не интересует тот способ, которым данные механизмы ограничивают возможности выбора для акторов. Подобным исследованием занимается теория актов аргументативного принуждения.

³⁵ «Таким образом, правовая теория Кельзена либо содержит в себе оценочные суждения и не является наукой, либо является наукой, но не юридической» (*Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État. P. 7*). Здесь мы не будем вдаваться в вопрос о том, насколько это утверждение характеризует действительную позицию Кельзена, хотя позволим себе в этом усомниться. В то же время это утверждение очень хорошо подходит для реалистической теории толкования в ее радикальной версии. Действительно, наука не может содержать ценностных суждений, а согласно реалистической теории толкования любой акт доктринального толкования такие суждения в себе содержит. Но все зависит от вопроса о том, можно ли определить критерии для выделения актов аутентичного толкования, специфических по отношению к другим действиям, направленным на получение или удержание власти, которые не обнаруживают в себе никаких семантических элементов. Если это недопустимо, то, как мы попытаемся показать ниже (разд. II), мы приходим к радикальной версии этой теории. Если принять то, что возможно выделение «юридически действительных норм» (в смысле рассматриваемой теории) без использования ценностных суждений, то наука об актах аутентичного толкования имеет право на существование. Позиция реалистической теории толкования по этому вопросу изложена, в частности, в главе «Наука о праве и юридическая догматика» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 3–18*).

оценивания может быть проанализирован, но при этом само по себе оценивание связано не с актом познания, а с актом воли.

То, что реалистическая теория толкования характеризует как «юридическую догматику» или как «доктринальное толкование», является следствием оценивающего выбора, который осуществляется в отсутствие объективных нормативно-правовых ценностей. Но и в качестве результата селективной оценки такое толкование остается выражением субъективных предпочтений интерпретатора-доктринера. Такие акты субъективного выбора могут быть представлены, как если бы речь шла о научно установленных объективных данных — и тогда мы имеем дело с идеологией. Либо же авторы доктрины будут претендовать на то, чтобы создать объективный образ права — тогда речь будет идти об идеологическом дискурсе.

Данный вывод может быть развит в двух направлениях. В некоторых случаях можно было бы сказать, что такой-то автор не довольствуется научным описанием права, но включает субъективные предпочтения в те выводы, которые подаются им как объективные. Такие выводы квалифицировались бы как идеологические, поскольку в них выражается определенное субъективное отношение; к подобным научным изысканиям был бы применим критический анализ идеологий. Но можно зайти и намного дальше, утверждая, что любая попытка объективного описания права — за исключением эмпирического описания актов аутентичного толкования — по своей сути является идеологией. Именно этот тезис реалистической теории толкования с необходимостью вытекает из тезиса об оценочном характере толкования.

Никакая доктрина и никакая догма не могут существовать в качестве научных, поскольку то, что подается под названием науки, есть лишь рассуждение по поводу текстов. Такое рассуждение не способно устранить многозначность этих текстов. Не имея никакого эффекта в правопорядке, толкование остается лишь иллюзией определенности значения. Не давая ничего для нашего познания, толкование лишь способствует ошибочности восприятия неопределенности текстов. Дисциплина, претендующая на звание науки о праве либо же на более скромный титул (но от этого не менее обманчивый) «доктрины» или просто «права» как метонимии объекта аналитической и описательной работы, будет лишь политическим занятием, цель которого состоит в получении статуса путем интеллектуального фокусничества.

Тем более наука о праве не может существовать в качестве анализа систем как таковых (на что претендует чистое учение о праве), поскольку нормы суть факты и их анализ, соответственно, выступает предметом эмпирических наук в строгом смысле слова. Реалистическая теория толкования является не только скептической теорией в том смысле, что она пытается доказать тщетность научного (или скромнее — описательного) подхода к праву; она также является критическим анализом идеологий, срывающим маски с действительной и греховной природы любого научного анализа и описания позитивного права.

Здесь мы опять-таки имеем дело с двумя следствиями. Первое касается проблем науки о праве. Поскольку науки о праве (способной неаутентичным способом дать толкование нормативно-правовым установлениям) в строгом смысле слова существовать не может, очевидна невозможность разрешения правовых проблем, т. е. нельзя ответить на вопросы типа: «Если такое-то явление имеет

место, то какое действие будет обязательным, дозволенным или запрещенным в рамках данной правовой системы?». Любой ответ на подобные вопросы будет либо фокусничеством, либо эмпирически фальсифицируемой гипотезой по поводу возможного акта толкования.

Второе следствие связано с природой науки о праве (в том смысле, в котором ее понимает реалистическая теория толкования): такая наука может быть только строго эмпирической и в качестве своего объекта может иметь лишь акты толкования в качестве элементов властной структуры. Отсюда следует, что наука о праве (в том смысле, в котором ее понимает реалистическая теория толкования) может быть только отраслью политологии — и то лишь постольку, поскольку сама политология понимается как строго эмпирическая наука.³⁶

Если говорить об исходной точке исследования, то предложенный реалистической теорией толкования ответ кажется простым: нет совершенно никакого противоречия между конституцией или же иными общими «нормами» (т. е. фактически между текстами) и решениями, принимаемыми во исполнение этих текстов, поскольку ни конституция, ни эти «нормы» не являются нормами в истинном смысле, а настоящие нормы совпадают с действительными властными структурами.³⁷

Наука о праве в том смысле, в котором ее понимает реалистическая теория толкования, поэтому не является наукой, если под наукой понимать изучение прескриптивных текстов (как их понимает реалистическая теория толкования). Согласно более радикальному варианту не существует, строго говоря, вообще никакой науки о праве, поскольку реалистическая теория толкования признает только эмпирическую науку, занимающуюся социальными фактами. Согласно более конструктивному варианту наука о праве (в том смысле, в котором ее понимает реалистическая теория толкования) есть изучение актов аутентичного толкования в качестве доступных эмпирическому наблюдению явлений. Согласно третьему варианту возможно существование науки, занимающейся изучением фактически происходящего при аутентичном толковании, когда интерпретатор обосновывает свой выбор путем использования той или иной формы «юридического доказательства». Последнее составляет предмет теории актов аргументативного принуждения, но уже не является предметом собственно реалистической теории толкования.

Если наукой может быть только изучение доступных эмпирическому наблюдению явлений, то единственная проблема состоит в установлении круга тех

³⁶ Ср., напр.: «Выделение науки конституционного права и политической социологии оказывается невозможным, если в качестве критерия деления наук принимать различие между сущим и должным, тем более если сама конституция оказывается фактом» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État*. P. 314). Наука о праве «рассматривает норму как эмпирический факт» (ср.: *Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État*. P. 6, 13). Согласно позиции, которая отчасти приписывается и Кельзену, описание эмпирических фактов является задачей социальной науки, которая не имеет своего специфического объекта и поэтому не является наукой о праве.

³⁷ Ср.: «Науке конституционного права не следует описывать те нормы, которые претендуют на статус конституционных. Еще менее она должна заниматься установлением случаев их нарушения. Ей следует заняться выяснением системной структуры и объяснением причин трансформации этой структуры» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État*. P. 315).

лиц, суждения которых можно квалифицировать как юридически значимые. Если это возможно, то есть шанс создать науку актов аутентичного толкования; но тогда эта наука будет лишь социальной наукой, исследующей властные отношения.

II. Новое прочтение чистого учения о праве

Очевидно, что задачей настоящего раздела не является обсуждение того, как реалистическая теория толкования представляет учение Кельзена, поскольку аргументы в пользу реализма сохраняют или теряют свою силу независимо от того, насколько правильное освещение дано текстам чистого учения о праве. Вместе с тем от этого вопроса также невозможно полностью абстрагироваться, так как реалистическая теория толкования пользуется реконструкцией кельзеновского учения для обоснования своей собственной позиции, вводимой в качестве концепции, корректирующей ошибки, приписываемые теории венской школы.³⁸ Привлекательность реалистической теории толкования объясняется не только ее редукционистским и радикальным характером, но и той критической работой, на которую эта теория опирается.

Действительно, доказательство несостоятельности определенных теорий может придать вес альтернативному проекту, предлагаемому новой теорией, или, по меньшей мере, стимулировать развитие такой новой теории. Если же, напротив, анализ некоей теории обнаруживает в себе ошибки, то это позволяет увидеть недостатки того альтернативного проекта, в рамках которого ведется такой анализ. Возможно, более детальное обсуждение позволяет избежать подобных трудностей или даже усилить потенциал этой новой концепции.

Поэтому, не касаясь основного предмета данного исследования, здесь мы вкратце остановимся на некоторых вопросах, часто обсуждаемых в рамках реалистической теории толкования применительно к критическому прочтению работ Кельзена.³⁹ Этих вопросов несколько: А) чистое учение о праве считает

³⁸ Ср. фрагмент, где автор после критической реконструкции кельзеновской теории, объявленной непоследовательной, заявляет: «Только теория толкования позволяет удовлетворительным способом изучать данную проблему» (Ibid. P. 303).

³⁹ Концепция толкования в рамках чистой теории права изложена в последней главе «Чистого учения о праве». Этим вопросом намного раньше интересовался и Меркль — в его работах можно найти формулировки, весьма близкие к реалистической теории толкования. Например: «В наиболее резкой формулировке можно было бы дойти до заявления о том, что существует столько же правоупорядков, сколько существует методов толкования» (*Merkel A. Zum Interpretationsproblem // Grünhutsche Zeitschrift für das Privatrecht und Öffentliche Recht der Gegenwart. 1916. N 42. S. 535 usw.*). В «Чистой теории права» позиция Кельзена четко отличается от позиции реалистической теории толкования, хотя Кельзен был намного ближе к этой теории в опубликованной несколькими годами раньше работе (*Kelsen H. Was ist ein Rechtsakt? // Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht. 1951–1952. N 4. S. 263–274*). По поводу кельзеновской теории толкования см. также: *Thaler M. Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung; Walter R. Die Entwicklung der Reinen Rechtslehre und das Auslegungproblem // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1984. Beiheft 20. S. 129–133; Luzzati C. Discretion and «Indeterminacy» in Kelsen's Theory of Legal Theory // Hans Kelsen's Legal Theory: A Diachronic Perspective / ed. L. Giangormaggio. Turin, 1990. P. 123 sq.; Koch H.-J. Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung // Zeitschrift für Verwaltung. 1992. S. 1–13; Walter R. Die Interpretationslehre*

толкование функцией воли; В) эта теория вынуждена предположить, что абсурдно искать «определение значения некоего значения»; С) эта теория вводит непоследовательную концепцию «альтернативных предписаний» для объяснения существования «неконституционных» законов в той системе, в которой нет конституционного контроля, и тем самым дает идеологическую поддержку системе конституционной юстиции. Во всех этих случаях реалистическая теория толкования якобы оказывается единственной теорией, позволяющей преодолеть указанные трудности. Но представляется, что рассуждения этой теории спорны.

А. Природа толкования

Чистая теория права якобы полагает, что «само по себе толкование есть акт воли, а не акт сознания».⁴⁰ Это совершенно неправильно. Кельзен отделяет научное толкование как когнитивную операцию (поэтому не имеющую юридической ценности) от аутентичного толкования (которое такую ценность имеет), т. е. от акта нормотворчества, представляющего собой волевою деятельность и, стало быть, лишённого ценности для познания. Использование одного и того же слова «толкование» может способствовать терминологической путанице, но не должно вести к путанице концептуальной.

Толкование понимается в качестве «интеллектуального демарша, сопровождающего процесс правоприменения сверху вниз».⁴¹ И далее, «если понимать под толкованием мысленное установление смысла интерпретируемого объекта, то результатом толкования права может быть только факт установления определенного аспекта права, подлежащего истолкованию, а также признание множества возможностей в рамках данного аспекта».⁴² Воля здесь никак не задействована, да и не может быть задействована. Вполне справедливо, что именно в этой мере мы имеем дело с нейтральной, объективной и научной работой. Если оказывается задействованной воля и интерпретатор текста заявляет, что есть только один единственный вариант толкования, политически ангажированный, то его рассуждения приобретают идеологический характер. Критика традиционной доктрины сводится к заявлениям о том, что чистое учение о праве не претендует на то, чтобы иметь в своем арсенале методы, позволяющие прийти к единому правильному решению там, где обозначен только общий аспект права.

Вместе с тем воля вовлекается и в том случае, когда конкретизируется некая нижестоящая норма. Формирование нижестоящей нормы заключается в выборе между несколькими возможными вариантами решения. Такая операция называется «аутентичным толкованием». Это — выбор между несколькими

im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie // Festschrift für Nobert Leser. Wien, 1993. S. 191–207; Mayer H. Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre // Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre / ed. R. Walter. Wien, 1992; Jestaedt M. Wie das Recht, so die Auslegung // Zeitschrift für Öffentliches Recht. 2000. N 55. S. 133–158.

⁴⁰ Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 86.

⁴¹ Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2 Aufl. Wien, 1960. S. 346.

⁴² Ibid. S. 349.

вариантами решения, среди которых гипотетически невозможно выбрать правильный путем рассуждений, поскольку они могут показать лишь то, что все варианты одинаково допустимы. В данном ракурсе все ясно: научное или доктринальное толкование есть познавательный акт, тогда как «аутентичное» толкование есть акт воли, основанный на данных познания. Очевидно, что здесь речь идет о двух совершенно разных операциях.

Кельзена трудно отнести к числу «тех многочисленных авторов», которые якобы «продемонстрировали, что толкование является не познавательным актом, но актом воли»;⁴³ непонятно и то, в чем же такая демонстрация могла бы состоять. Из изложенного следует, что именно нормотворчество путем конкретизации образует акт воли, но отсюда не вытекает, что установление возможных вариантов решения не является познавательным актом. Разумеется, можно условно ввести термин «толкование» для обозначения только той операции, которую Кельзен называл «аутентичным толкованием», но и этим еще не доказывается, что толкование всегда есть акт воли, а не познания, хотя бы некоторые акты воли и были бы обозначены как «толкование». Еще менее правдоподобно доказательство того, что операция, которая обозначена Кельзеном как простое «толкование» и которую он вводит именно как познавательный акт, на самом деле в теории Кельзена не была познавательным актом.

Кельзеновская терминология очевидно чревата неясностями, и лучше было бы (с целью четкого обозначения того, что речь идет о разных операциях) избегать повторного использования термина «толкование» с добавлением к нему прилагательного «аутентичное» для указания на акты конкретизации. Действительно, есть веская причина, по которой Кельзен использовал эту терминологию, но данная причина оправдывает ту неясность, которая, как кажется, разъедает аргументацию самого Кельзена.

Чистая теория права ставит перед собой задачу: продемонстрировать, что, поскольку возможно множество значений текста, через который выражается норма (т. е. независимо от того, какое из этих значений гипотетически является правильным), акт конкретизации, связанный с выбором одного из вариантов, всегда оказывается не только юридически правильным, но и юридически действительным. Таково первоначальное значение концепции «аутентичного толкования» по Кельзену. Но вопрос усложняется, когда чистое учение о праве заявляет, что «путем аутентичного толкования, т. е. толкования со стороны того правового органа, которому надлежит применять норму, можно осуществить не только одну из возможностей, обнаруженных в ходе мысленного толкования применяемой нормы, но и создать еще одну норму, которая полностью выходит за рамки того, чем является исходная применяемая норма».⁴⁴ Если брать этот тезис в его буквальном значении и абстрагировать из того контекста, в котором он находится, то он, на первый взгляд, отражает сущность всей реалистической теории толкования: что бы ни делал правоприменительный орган, его акт выступает в качестве действительной нормы, даже если этот акт не имеет никакой связи с текстом (применяемой нормы). Отсюда легко вывести, что в данном случае правоприменительный орган не может действовать иначе, как

⁴³ *Troper M.* Pour une théorie juridique de l'État. P. 99.

⁴⁴ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. S. 352.

одновременно создавая и нормы решения, и нормы компетенции. Но Кельзен вводит фундаментальное различие, которого, разумеется, нет в реалистической теории толкования и которое позволяет понять то, что раньше казалось противоречием: каким образом фактически акт аутентичного толкования может сразу быть введен и как норма для выбора одного из равнозначных вариантов, и как нечто такое, что может оказаться полностью за пределами этой нормы? Данное противоречие проясняется тем, что, согласно Кельзену, подобное аутентичное толкование за пределами нормы способно создать право не только в качестве общих норм, но и через создание индивидуальных норм, «поскольку акт правоприменительного органа не может быть аннулирован с того момента, как он обретает силу прецедента» (*Rechtskraft*).⁴⁵ Создание действительной нормы с помощью такого акта происходит без вмешательства какого-либо фактического элемента, находящегося вне пределов нормативности (как в реалистической теории толкования), в силу самого факта того, что нормы компетенции придают подобное свойство рассматриваемому акту.⁴⁶ Иными словами, даже если такой акт не имел бы совершенно ничего общего с подлежащей применению нормой решения, он стал бы нормой уже потому, что укладывался бы в рамки, установленные нормами соответствующей процедуры. Как для общей, так и для индивидуальной нормы выход за пределы этих рамок означал бы юридическую тщетность попытки создания нормы.

Следовательно, выбранная формулировка действительно неудачна, но это противоречие только кажущееся. Процесс нормотворчества отсылает нас к совокупности норм, отдельные из которых образуют необходимые условия действительности вновь создаваемой нормы. Аутентичное толкование, которое не отвечает этим необходимым условиям, — это уже не аутентичное толкование, но некая попытка, не имеющая юридического значения. По меньшей мере, это не будет нормотворчеством, поскольку речь здесь пойдет уже о некоем акте, влекущем ответственность совершающего его лица.

В. Значение нормы

В посвященной вопросам толкования главе второго издания «Чистого учения о праве» Кельзен нападает на традиционную теорию, согласно которой применение нормы правоприменительным органом является механическим и ничего не добавляет к самой применяемой норме. Действительно, если речь не идет о некоем полностью фактичном поведении, любой акт *применения* нормы является в свою очередь *созданием* некоей нормы (т. е., согласно Кельзену, значения акта воли), и наоборот. Таким образом, Кельзен вводит аутентичное толкование в качестве акта (нормотворчества), состоящего в применении нормы, чье содержание еще не определено выбором между возможными значениями.

Для реалистической теории толкования данная теория является противоречивой. Действительно, норма есть значение некоего акта воли, а аутентичное толкование представляет собой нормотворчество путем определения содержания нормы. Тем самым можно было бы сказать, что норма есть определение

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ *Troper M.* Pour une théorie juridique de l'État. P. 82, 86.

значения некоего значения, а это абсурдно (поскольку, по Кельзену, норма и есть значение акта воли). Согласно реалистической теории толкования данное затруднение исчезает, так как толкование как свободное определение значения не является определенным, т. е. является текстом (а не нормой). Иными словами, если принимать всерьез кельзеновскую теорию толкования, нам следовало бы пересмотреть саму постановку проблемы: вместо поиска критериев действительности нормы в некоей другой норме, пришлось бы установить, каково же объективное значение соответствующего акта человеческого поведения, т. е. осуществленного через правоприменительный орган толкования-создания нормы. Норма является результатом деятельности не того органа, который вводит в действие текст, а того органа, который определяет значение этого текста. Это возражение вполне корректно, но только если брать буквальный смысл кельзеновского текста, без учета его контекста. Далее, такое возражение никак не позволяет вывести предполагаемые следствия.

Ведь совершенно очевидно, что здесь Кельзен имеет в виду не норму, а ее лингвистическую опору. Иными словами, он небрежно использует термин «норма» не только по отношению к норме в строгом смысле слова, но и для характеристики высказывания, с помощью которого выражается норма, тогда как в других местах он настаивает на их различии. В формулировке нормы как раз и содержится определенная доля многозначности для чистого учения о праве. И по этой причине норма, выражаемая с помощью этой формулировки, допускает множество способов конкретизации.⁴⁷

Смысл, который реалистическая теория толкования вкладывает в эти фразы, сам по себе ничего не доказывает. Напротив, из этого следует со всей очевидностью тот принцип очевидности, на который данная теория опирается: не имеющее определенности высказывание или «текст» не могут быть формулировкой некоей «нормы». Вместе с тем, если принять данный тезис без доказательств, то отсюда следует, что любая норма (в смысле реалистической теории толкования) является определенной и что не может существовать высказываний, которые семантически неопределенно делают те или иные действия обязательными, дозволенными или запрещенными. Поэтому для введения в действие принципа определенности реалистическая теория толкования нуждается в принципе эффективности, который позволит сказать, что нормы (в смысле реалистической теории толкования) действительно соблюдаются. Но принцип эффективности определяет выбор («некоторые акты толкования производят

⁴⁷ Здесь можно привести красноречивый пример: «В любом случае неопределенность правового акта может невольно повлечь следствия для природы той нормы, которая должна быть применена в силу этого акта. Именно здесь прежде всего проявляется полисемия слова или набора слов, через которые выражается норма: лингвистический смысл нормы не является однозначным; применяющий норму орган находит в ней множество значений» (Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. S. 348). В этой же фразе способ лингвистического выражения нормы эксплицитно отделяется от самой нормы, поскольку «норма» должна заново быть использована для введения «высказывания, формулирующего норму». Даже если такая терминология покажется запутанной, рассматриваемые понятия все же отделены друг от друга. Действительно, согласно чистой теории права следует различать норму, ее формулировку и формулировку тех высказываний, которые ее описывают (интерпретативные высказывания, которые реалистическая теория толкования рассматривает в качестве идеологических).

действие в правопорядке») и не доказывает того, что «тексты» не имеют никакого значения и по этой причине не могут выражать нормы. Ясно другое: если принять тезис о том, что все нормативно-правовое имеет определенный характер и является строго эффективным, то тут не получается динамической конкретизации в смысле теории Кельзена. Таким образом, реалистической теории толкования не удастся доказать, что чистое учение о праве ошибочно и что аргументы реалистической теории позволяют устранить недостатки чистого учения о праве. Реалистическая теория толкования попросту утверждает, что она правильна, а чистое учение о праве, стало быть, неправильно.

С. «Альтернативные предписания»

Сторонники реалистической теории ставят в упрек Кельзену нарушение им же установленного требования чистоты — это выражается в предпочтении, которое Кельзен отдает системе права, обладающей органами конституционного контроля.⁴⁸ Эта позиция влечет за собой многочисленные трудности, из которых особенно стоит отметить следующую. Если существует некая конституция, которая ставит условия действительности законодательных норм, то неконституционный закон не может существовать по определению. Вместе с тем такие законы повсюду существуют. Кельзену пришлось прибегнуть к конструкции *ad hoc*, согласно которой в случае отсутствия конституционного контроля сама конституция «обосновывает действительность норм, противоречащих высказываниям, содержащимся в конституции». Отсюда вытекает внутреннее противоречие: с одной стороны, поскольку закон будет считаться действительным независимо от его соответствия или несоответствия конституции, а с другой — поскольку допускается, что закон может вводиться иными, не предусмотренными конституцией способами. Такое утверждение означает, что аутентичное, осуществляемое законодателем толкование, согласно которому любой законодательный акт конституционен по своей природе, может отсылать к простому доктринальному толкованию, в рамках которого законодательный акт может представляться неконституционным.⁴⁹ Впрочем, теория альтернативных предписаний не позволяет установить нарушения императивных предписаний, поскольку иначе последние оказались бы одновременно императивными и разрешенными, а это было бы абсурдно.⁵⁰ Наконец, данная теория предстает просто как догматическое применение постулата невыводимости должного из сущего.⁵¹ Реалистическая теория толкования, как утверждается, позволяет избежать названных трудностей путем изучения просто «действующих норм», а в перспективе данной теории это означает — норм, которые получены путем аутентичного толкования.⁵² Та же самая

⁴⁸ Это постоянно повторяемая мысль, см. особо: *Troper M.* 1) *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle* // *Troper M. Pour une théorie juridique de l'État.* P. 293–315; 2) *Justice constitutionnelle et démocratie* // *Ibid.* P. 329–346.

⁴⁹ *Troper M.* *Pour une théorie juridique de l'État.* P. 301.

⁵⁰ *Ibid.* P. 302.

⁵¹ *Ibid.* P. 303.

⁵² Ср.: *Ibid.* P. 300. — См. также: «Норма, которая, как кажется, противоречит конституции, является действительной; для того чтобы это предположить, необходимо, чтобы

аналитическая схема может быть распространена и на системы, включающие в себя конституционный контроль; правда, здесь для такого контроля не было бы соответствующего органа, облеченного властными полномочиями.⁵³

В более широкой перспективе можно также сделать вывод о том, что теория «альтернативных предписаний» в рамках чистого учения о праве не обнаруживает никаких противоречий, хотя видимость таких противоречий и возможна. Реалистическая теория толкования противоречит теории «альтернативных предписаний», поскольку она принимает в качестве данности то, что любое аутентичное толкование создает действительную норму, независимо от каких-либо нормативных условий. Таким образом, аутентичное толкование является не только собственно актом нормотворчества, но и актом, который объективно фиксирует некое значение. С этой точки зрения очевидна ошибочность утверждения, согласно которому норма может быть создана иным способом, чем способ, предписанный конституцией, поскольку аутентичное толкование, собственно, и является единственным эталоном конституционности.

С точки зрения чистого учения о праве концепция альтернативных предписаний является лишь аспектом теории структурной иерархии норм, т. е. того способа, которым правопорядок обеспечивает нормотворчество. Ясно, что данный тезис в своих последних основаниях опирается на невыводимость должностования из бытия, хотя это утверждение рассматривается как логический принцип, который невозможно эмпирически фальсифицировать. Следовательно, только нечто, уже рассматриваемое в качестве нормы, может наделять нечто иное (т. е. значения неких «актов воли») качеством нормы. Здесь есть два варианта: правопорядок либо наделяет некий «орган» эксклюзивной нормативной компетенцией, либо вводит совместную компетенцию, чтобы осуществляемое неким органом (или совокупностью органов) нормотворчество образовывало объект для контроля со стороны другого органа (или совокупности органов). В первом случае (и только в этом случае) гипотетически предполагается, что норма компетенции может быть нарушена, поскольку нет никакого органа для установления факта такого нарушения. Отсюда по определению вытекает, что соответствующие требования, которые могут нарушаться без юридических последствий, не являются юридическими нормами. Далее, из этого положения вытекает, что действительное наделение полномочиями происходит не вследствие кажущейся связи с некими предписаниями, а в силу того, что определенные предписания попросту не являются нормами права. Теория «альтернативных предписаний» означает следующее. Орган О наделен полномочиями на создание норм категории С. Этот орган может создавать нормы при условии соблюдения неких условий, но он также может создавать нормы и не соблюдая эти условия. До этих пор рассматриваемая теория не обнаруживает в себе никаких

она на самом деле соответствовала конституции, чтобы эта норма эксплицитно предписывала одно определенное поведение, а имплицитно требовала бы противоположного поведения» (Ibid. P. 208).

⁵³ «Судья конституционного суда, таким образом, оказывается элементом системы, в которой он взаимодействует с другими властями в рамках существующих отношений силы или кооперации, из чего следует определенное толкование конституции. Такое толкование оказывается творением нормы заново, но подобное творение является результатом действия системы отношений между публичными властями» (Ibid.).

противоречий — она лишь указывает на то, что согласно применимым нормам орган О вправе выбирать между двумя вариантами: между F и не-F.⁵⁴

Странным может показаться то, что условием альтернативы будет следующее: соблюдать или не соблюдать конституцию, поскольку сама конституция могла бы позволять (как это описывается в чистом учении о праве) «создавать законы, не соответствующие предписаниям, которыми регулируется законодательство».⁵⁵ И это означает, что конституция управомочивает не соблюдать конституцию? Различие, вводимое в чистое учение о праве, имеет другое значение, хотя оно также может быть облечено в форму, ведущую к путанице; речь идет о различии между «прямым регламентом» и «косвенным регламентом» законодательства.⁵⁶ Получается, что сама конституция позволяет два варианта. Один из вариантов напрямую, а другой косвенно регламентирован правилом эксклюзивности компетенции, т. е. отсутствием контролирующего органа. Следовательно, нет правомочия уклоняться от соблюдения конституции, но есть правомочие не соблюдать прямое указание. Иными словами, считается, что, если законодатель решает не следовать данным правилам, он вправе следовать другим, косвенным правилам.

В свою очередь эти косвенные правила содержат определенное число возможных вариантов выбора, но не позволяют делать все что угодно. Иначе лучше было бы с самого начала сказать, что в любом случае определение процесса и содержания норм принадлежит исключительно законодателю как автору актов аутентичного толкования и что конституция не имеет нормативно-правового характера. Действительно, невозможно в этом отношении ограничить контроль даже самой минимальной мерой: «Органы, призванные к правоприменению, не могут разумно быть обязаны применять в качестве закона все то, что предстает как субъективное».⁵⁷ Нарушение косвенных правил (или, иными словами, выход за пределы правомочия) не является составной частью законодательного процесса — это акт, лишенный юридического бытия.⁵⁸

⁵⁴ Речь идет о двух вариантах, при условии что правотворческий орган принял решение издать некую норму: данный орган может либо следовать неким требованиям (F), либо таким требованиям не следовать; третьего не дано, поскольку фактически эти два варианта образуют собой два множества возможных вариантов выбора.

⁵⁵ Ibid. P. 301.

⁵⁶ «Толкование содержит в себе прямой и косвенный регламенты законодательной деятельности» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 277*). «Хотя несколькими строками ниже Кельзен пишет о том, что из этого не следует того, что действительные законы не могут появиться иным путем, чем тот, что определен конституцией» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 301*). Такое видение проблематики упускает существенное различие между прямым и косвенным регулированием. Кельзен пишет ни о чем ином, как о том, что «конституция управомочивает законодателя создавать общие нормы также и путем иной процедуры, чем та, что определена напрямую нормами конституции; конституция также может придать этим общим нормам иное содержание, чем то, что определяют напрямую нормы конституции» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 277*).

⁵⁷ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 276*.

⁵⁸ Есть и другой вариант: если правоприменительные органы придают этому акту юридическое значение, то происходит революция, вместе с которой меняется и правовой порядок: «Если данный вопрос [т. е. вопрос о том, было ли нечто, воспринимаемое субъективно как закон, действительно издано тем органом, который конституция на это

Далее, если не существует системы конституционного контроля, то правомочие оказывается слишком широким (имеется большее количество конституционно допустимых вариантов) по сравнению с ситуацией, где такой контроль существует. Однако всегда остается юридическая грань между тем, что удовлетворяет конституционным требованиям, предъявляемым к норме, и тем, что таким требованиям не удовлетворяет. А если такая грань все-таки существует, то контроль за соблюдением этой грани неизбежен. Можно поэтому сказать, что конституционный контроль существует даже в тех случаях, когда нет «конституционного контроля», понимаемого как система органов, уполномоченных осуществлять минимальный неизбежный контроль. Конституционный контроль в собственном смысле этого термина есть не что иное, как усиление сфер компетенции; иными словами, он является вопросом меры, а не выбора между «все» или «ничего».

Итак, если всегда существуют некая грань и некий минимальный неизбежный контроль, то неверным представляется мнение, согласно которому Кельзен «забыл, что согласно его собственной теории невозможно утверждать, что данные юридически действительные законы появились на свет не в силу определенной конституцией процедуры, поскольку подобное утверждение подразумевало бы уподобление акта аутентичного толкования со стороны законодательного органа акту доктринального толкования, возведенному в ранг стандарта».⁵⁹ Гипотетически можно установить отсутствие какой-либо юридической ценности у доктринального мнения, согласно которому некий закон является неконституционным. Однако неверно, что согласно чистому учению о праве правоприменительный орган не имеет юридического правомочия и обязанности осуществлять минимальный неизбежный контроль. А если бы оказалось, что такого правомочия все же нет и что трудно установить минимальную грань неизбежности контроля, то речь шла бы о совершенно иных вопросах. Предположить, что осуществление или неосуществление такого контроля само по себе может служить ответом на вопрос о действительности, означало бы, что тезисы реалистической теории толкования уже приняты; но это не доказывало бы того, что данные тезисы обоснованы в силу непоследовательности утверждений, приписываемых чистому учению о праве.

Реалистическая теория толкования говорит о том, что с чистым учением о праве связана еще одна проблема: альтернативные предписания могут затрагивать только правомочия, но не «императивные предписания». Иными словами, некий закон может показаться противоречащим некому императивному предписанию, и в данном случае образец поведения «будет одновременно и властно предписан, и попросту дозволен — иными словами, одновременно

управомочила. — *О. П.*] решается негативно соответствующим компетентным органом [т. е. тем органом, который призван применять закон. — *О. П.*] — например, поскольку нечто, претендующее на звание действительного закона, было издано не парламентом, уполномоченным конституцией, а узурпатором, — тогда этот компетентный орган в целях контроля запрещает публикацию такого текста или его применение. Если же этого не происходит и общие нормы, изданные узурпатором, становятся действительными, то тогда происходит революционное преобразование конституции и этот текст становится законом, соответствующим новой конституции» (*Ibid.* S. 279).

⁵⁹ *Troper M.* Pour une théorie juridique de l'État. P. 301.

и запрещен, и разрешен, что представляет собой очевидный абсурд».⁶⁰ Но здесь реалистическая теория допускает ошибку. Вопрос заключается не в том, является ли императивным предписание, которое касается законотворчества, а в том, выступает ли такое предписание условием совокупности правомочий на создание юридически действительной нормы, и их нарушение не позволяет создавать норму. Противоречие появилось бы в том случае, если Кельзен считал бы, что необходимые условия действительности таковыми не являются, но ничто не указывает на наличие у него таких рассуждений. И напротив, именно императивная норма делает некое поведение обязательным, а также делает обязательным применение санкции в случае, если такое поведение не осуществлено. Поэтому речь идет о совершенно другой проблеме, которая сама по себе не имеет никакого отношения к вопросу о действительности. Президент Республики под угрозой уголовного преследования обязан промульгировать закон в течение определенного срока, хотя отсутствие промульгации не имело бы никакого влияния на действительность закона. Напротив, возможно, что отсутствие промульгации препятствовало бы вступлению в силу закона, хотя не существовало бы никакой санкции по отношению к органу, уполномоченному на промульгацию.⁶¹

Первое фундаментальное различие между этими двумя концепциями заключается в следующем: реалистическая теория толкования не считает объективным то, что не может быть проверено на опыте в качестве доступного наблюдению факта, и поэтому отрицает, в конечном счете, саму возможность анализа значения некоего правового установления (а это, напротив, допускает чистое учение о праве), поскольку значение не есть доступное наблюдению явление.

Из этого следует второе различие: чистое учение о праве предполагает, что возможны специфические отношения взаимозависимости между нормами, а это позволяет понять, что нормы способны формировать иерархичную структуру. В свою очередь реалистическая теория толкования не может допустить ничего, кроме отношений причинности между явлениями, и поэтому не может понять отношения, существующие между нормами, установленными различными органами.

⁶⁰ Ibid. P. 302.

⁶¹ Отметим, что реалистическая теория толкования исходит из невозможности того, что «некий действительный закон может оказаться противоречащим императивному установлению» (Ibid. P. 302), поскольку любой действительный закон гипотетически представляет собой акт аутентичного толкования. Здесь реализм вступал бы в противоречие с самим собой. Речь поэтому идет только о гипотезе, заимствованной из чистого учения о праве. Но если закон является действительным согласно критериям чистого учения о праве (т. е. критериям действительности соответствующей конституции), то отсюда следует лишь то, что императивное установление не является условием действительности. Кроме того, правовые порядки вполне могут не быть логически последовательными. Из этого не следует, что описывающая такие порядки теория также непоследовательна. Совершенно ясно, что Кельзен принимает эту идею только в последний период своего творчества — в том виде, в котором она появляется в «Общей теории норм» (*Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen // Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien; Manz, 1979; см. нашу рецензию на французский перевод: Droits. 1997. N 26. P. 197–207*). Эту идею не стоит искать в «Чистом учении о праве».

Отсюда вытекает и третье различие, которое в особенности касается проблематики альтернативных предписаний. Анализируя иерархизированные нормативные структуры, чистое учение о праве пытается объяснить то явление, которое другие теории считают непонятным или патологическим: существование «ошибочных» норм, т. е. различие между действительностью и соответствием. Подобные нормы принадлежат к рассматриваемой правовой системе; иными словами, они являются «действительными» в данном ракурсе, хотя и обнаруживают определенные признаки, т. е. «дефекты» или «несоответствия», которые являются условием для процедуры аннулирования или изменения под эгидой другого органа. Возможна и другая конструкция. Некоторые акты, которые пока еще не являются нормами данной системы, но способны такими нормами стать, могут быть поставлены под сомнение при предварительной проверке на соответствие, осуществляемой неким компетентным органом, отличающимся от того органа, который применяет данный акт. Речь идет о гипотезе существования «еще не действительных актов», которые тем не менее являются соответствующими (или не соответствующими) неким нормам. Вопреки все еще широко распространенному мнению, теория иерархии норм ни в коей мере не является идеологией, основной целью которой было бы утверждать то, что все нормы «в себе» и «для себя» соответствуют «вышестоящим» нормам. Эта теория лишь анализирует то, в какой мере и каким образом разные системы пытаются установить отношения соответствия между нормами. Эта теория также показывает, что приведение норм в строгое соответствие друг другу невозможно по причине того, что единственным источником различия правопорядков является необходимым образом ограниченная дифференциация норм, осуществляемая органами, уполномоченными на создание норм и контроль. При этом данные органы могут сами определять момент, в который становится нужным их вмешательство.⁶² Не признавая возможности отношений между нормами, реалистическая теория толкования уже не может допустить (хотя и по иным причинам, чем в традиционных теориях) существования ошибочных норм, например, незаконных, неконституционных норм или норм, противоречащих достигнутым договоренностям. Она допускает только существование отношений власти, где различные акторы (их лучше не именовать органами) вступают между собой в спор по поводу стратегических достоинств соответствующих

⁶² Теория иерархии норм во многом заимствована Кельзенем у его ученика Меркля; зачастую эта теория описывается в краткой и усеченной форме. См., напр.: Merkl A. 1) Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts // Juristische Blätter. 1918. N 47. P. 425–427, 444–447, 463–465 (перепечатано в: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross* / hrsg. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Wien, 1968. Vol. 1. S. 1091 sq.); 2) Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues // *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen*. Wien, 1931. S. 252–294 (перепечатано в: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Vol. 2. S. 1311 sq.); *Walter R. Der Aufbau der Rechtsordnung*. Wien, 1964; *Öhlinger T. Der Stufenbau der Rechtsordnung*. Wien, 1975; *Paulson S. L. Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre* // Adolf J. Merkl, *Werk und Wirksamkeit* / hrsg. R. Walter. Wien, 1990. S. 93 sq.; *Mayer H. Die Theorie des rechtlichen Stufenbaus* // *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* / hrsg. R. Walter. Wien, 1992. S. 37 sq.; *Pfersmann O.* 1) Carré de Malberg et la «hiérarchie des normes» // *Revue du droit constitutionnel*. 1997. N 31. P. 481–509; 2) *La hiérarchie des normes* // *Droit constitutionnel* / ed. L. Favoreu. 4 éd. Paris, 2001. P. 56–67.

действий. Но такая концепция основывается на положениях, противоречащих посылкам чистого учения о праве, и поэтому ее достоинства не могут быть заранее оценены только по результатам имманентной критики.

III. Возможные реконфигурации

Конститутивные элементы любой теории должны быть логически последовательными и в то же время независимыми друг от друга. Если может показаться, что некоторые посылки являются базовыми для рассматриваемой нами теории, то это не так ясно по отношению к остальным посылкам. Задача усложняется за счет того, что некоторые тезисы несовместимы с определенными следствиями. Стало быть, необходимо перестроить эту теорию так, чтобы были сохранены ее существенные элементы, хотя бы это и потребовало отказа от других положений.

А. Вопрос о конститутивных элементах

Некоторые тезисы, очевидно, имеют фундаментальный характер. Речь идет об общем эмпиризме, о семантическом эмпиризме, о семантико-нормативном волюнтаризме, о тезисе эффективного толкования, об онтологии права. Общий эмпиризм напрямую не предполагает семантического эмпиризма, поскольку вполне возможно, что определенные объекты не поддаются наблюдению, либо речь идет об объектах второго порядка, которые в качестве таковых не могут быть объектами наблюдения. Семантико-нормативный волюнтаризм тем более не приводит к семантическому эмпиризму, поскольку нельзя исключить того, что акты воли не смогут быть выражены с помощью высказываний. Также возможно, что эти высказывания не будут иметь никакого значения, либо же, если их значение будет состоять в обязывании (запрещении, дозволении) совершить некие действия, данные высказывания не будут выражать собой какого-либо акта воли.

Наконец, тезис об эффективном толковании дополняет собой элементы семантики реалистической теории толкования. Этот тезис не может быть выведен из семантико-нормативного волюнтаризма, поскольку последний связан только с нормативными высказываниями, а по отношению к этим высказываниям эффективное толкование не позволяет нам получить знания об их специфике. Тем более данный тезис невыводим из семантического эмпиризма, поскольку последний предполагает, что высказывания имеют некое значение, тогда как согласно рассматриваемому тезису значение создается в результате некоего акта. Данные два положения трудносовместимы друг с другом. Реалистическая теория толкования не может отказаться от тезиса об эффективном толковании, ведь без него невозможно продемонстрировать, что норму, не существовавшую до акта толкования, создает именно правоприменительный орган. Данная теория также не может освободиться от семантического эмпиризма, иначе она оказалась бы не в состоянии говорить о том, что те или иные высказывания являются определенными. Можно предположить, что толкование действительно есть акт, посредством которого неопределенные высказывания обретают определенность. Но в таком случае нельзя утверждать, что тексты не имели

никакого значения до акта толкования. Более того, можно было бы утверждать, что здесь значение изменяется. Таким образом, значение стало бы переменной посылкой для разного рода актов, а это потребовало бы изменения исходных посылок самой реалистической теории толкования. Но эта альтернатива сразу бы разрушила данную теорию, поскольку она основана на строгом тезисе эффективного толкования, предполагающего определение значения *ex nihilo* (лат. из ничего), и поэтому совмещение двух посылок сделало бы реалистическую теорию толкования заведомо противоречивой. Следовательно, нужно делать выбор. Отсюда следует, что принцип нормативной определенности равным образом должен быть в этом смысле скорректирован. Прескриптивное высказывание имеет значение, только если это высказывание определено, поскольку при отсутствии определенности получалось бы противоречие с семантическим эмпиризмом.

Принцип особенности означает простое установление предмета теории, хотя данный принцип зависит от онтологии права. Последняя невыводима из теории норм, которая распространяется на все типы норм, какими бы они ни были. Специализация правовой системы ведет к условному определению.⁶³ Реалистическая теория толкования очень редко обращается к систематическому и непосредственному рассмотрению этого вопроса. Она предполагает (как и большинство не относящихся к правовому реализму теорий), что все право является системой норм. Цель предлагаемой конструкции состоит в том, чтобы поместить право в область фактического и сделать из него предмет строго эмпирических наук. Действительно, юридической норму делает то, что она «считается адекватной в рассматриваемом обществе»⁶⁴ в отличие от чистого учения о праве, которое исходит из того, что это свойство придается норме некоей другой нормой (уже имеющей юридический характер). Будет ли факт адекватности нормы установлен как бесспорный, либо же будет обосновано суждение об адекватности самого данного суждения — предмет исследования от этого никак не меняется. Таким образом, онтология права оказывается дополненной еще одним элементом, который основан на определении толкования (хотя из этого определения и не вытекает). Речь идет о принципе эффективности толкования (не путать с тезисом эффективного толкования, который распространяется на все виды толкования). Согласно данному элементу рассматриваемой теории определенные акты толкования «производят некий эффект в правопорядке», и эти акты толкования следует называть «аутентичными». Можно предположить, что «производить эффект» означает «быть причиной совокупности событий», особенно тех событий, которые доступны наблюдению.

Особого рода проблема возникает с определением толкования. Согласно принятому определению речь идет об установлении значения. Согласно же другому, косвенно введенному положению любое толкование предполагает оценку.⁶⁵

⁶³ Все же сомнительно, что реалистическая теория толкования пытается обосновать предметную область с помощью кельзеновской концепции права, где право понимается как динамическая система (ср.: Troper M. *Système juridique et État* // Troper M. *Pour une théorie juridique de l'État*. P. 160 sq.).

⁶⁴ Troper M. *Pour une théorie juridique de l'État*. P. 174.

⁶⁵ Troper M. *La théorie du droit, le droit, l'État*. P. 6.

В. Статус обоснования

В связи с данной конструкцией возникают проблемы сразу по нескольким основаниям. Она ставит вопросы о своей внутренней когерентности, о двойных конструкциях, об определении границ предмета (в рамках этого вопроса возникает еще один вопрос — о модальном статусе норм).

Первая проблема связана с конструированием онтологии права. Разумеется, само то, что мы рассматриваем нечто в качестве «обоснованного», является эмпирическим фактом. Причем независимо от того, что мы понимаем под «обоснованностью». Но точный смысл термина «обоснованность» полностью меняет саму постановку вопроса: идет ли в этом случае речь о том, что акторы считают юридически обоснованным? Такая перспектива с трудом могла бы служить опорой правовой онтологии, поскольку предполагается, что уже существует некая другая онтология. Иначе кем были бы те акторы, которые рассматривают нечто в качестве обоснованного? Такими акторами не могут быть те, кто осуществляет соответствующие правовые действия, поскольку их оценка обоснованности ничего не меняла бы (очевидно, что правоприменители рассматривают нормативные правовые акты уже как обоснованные). Но если речь идет не о правоприменителях, то действительное наделение характеристикой нормативности может быть осуществлено только внешними наблюдателями. Иными словами, нормотворчество оказалось бы результатом доктринальных или просто моральных суждений, что вступило бы в полное противоречие с доктринальным скептицизмом и позитивистской исследовательской установкой, основанной на строгом разделении права и морали. И так, какими же данными можно воспользоваться для того, чтобы эмпирически бесспорным образом установить «обоснованность» как характеристику некоего нормативно-правового акта? Будут ли это психологические данные? Представляется, что такие данные достаточно трудно собирать, да и не совсем ясно, как тестировать каждое юридически значимое психическое состояние. Будут ли это сформулированные кем-то комментарии? Но тогда возникает вопрос, как определить те комментарии, которые бы могли доказывать обоснованность или необоснованность. В конечном счете, эти вопросы вновь отсылают нас к точке зрения наблюдателей, которые, как ни парадоксально, становятся истинными авторами норм.

Здесь мы также сталкиваемся с двумя конкурирующими научными конструкциями, противоречащими друг другу. Согласно первой из них правовыми нормами являются те нормы, которые считаются обоснованными, согласно второй — те, которые являются эффективными. Но вполне возможно, что рассматриваемые в качестве обоснованных нормы тем не менее не являются эффективными (поскольку властные отношения не позволяют определить степень обоснованности). Также вполне возможно, что те нормы, которые «некто» рассматривает в качестве совершенно «необоснованных», в действительности не встречают никакого сопротивления.

Еще одна трудность связана с тем, что вторая из вышеназванных конструкций, как кажется, рассматривает аутентичные акты толкования в качестве основополагающих для правопорядка, хотя в то же время эти акты сами основываются на предположении существования правопорядка. В действительности

вопрос о том, производит ли некое следствие акт толкования, несомненно, является эмпирическим; ответ на этот вопрос определяет объектную область исследования. Но данная область не должна быть тождественна правовой системе, поскольку согласно рассмотренной выше гипотезе исследование исходит из факта существования правовой системы («имеет следствия в правопорядке»). Если попытаться избежать данных трудностей, то необходимо сделать выбор между тремя вариантами. Первые два сводятся к отождествлению обоснованных норм с актами аутентичного толкования и к рассмотрению и тех, и других в качестве основополагающих. Очевидно, что это невозможно. Если в качестве отправной точки исследования брать одно из этих понятий, а второе рассматривать в качестве синонимичного, то это было бы странным, поскольку аутентичное толкование конструируется как определение значения высказывания. Даже интуитивно можно почувствовать, что обоснование высказывания, делающего некий набор действий обязательным, дозволенным или запрещенным, не имеет ничего общего с семантической определенностью тех высказываний, которые связаны с такими действиями. Принимая во внимание то, что утверждение сразу двух этих конструкций ведет к противоречию, их одновременное введение в теорию означало бы автоматическое исключение одной из них. Если в качестве отправной точки брать акт обоснования, то мы опять-таки встречаемся с вышеописанными трудностями: понятие обоснования само по себе является неопределенным, а введение эмпирического теста для данного понятия кажется противоречащим исходным посылкам реалистической теории толкования. Если идти этим путем, то придется полностью пересмотреть исходные посылки, т. е. создать совершенно иную концепцию. Такой вариант кажется слишком затратным, поскольку придется подвергнуть анализу саму реалистическую теорию толкования, а не заниматься исследованием имеющей расплывчатые контуры реалистической теории обоснования.⁶⁶ Соответственно, если мы исходим из акта аутентичного толкования, то мы уже не связаны «обоснованием» как независимым критерием. В данном случае придется в качестве формирующих правопорядок рассматривать сразу множество актов определения значения неопределенных высказываний, имеющих прескриптивный характер. Изначально следовало бы примкнуть к широкой, или инклюзивной, версии. Это предполагает, что в качестве правовой системы выступало бы любое определение, которое рассматривается в качестве акта применения неопределенного прескриптивного текста. Иными словами, речь шла бы о любом акте, в котором изначально не прослеживается никакой познавательной установки, — об акте, в котором отсутствие такой установки заранее предполагается. Такая постановка вопроса несет двойную выгоду. С одной стороны, она строго согласуется с тезисом об эффективном толковании, поскольку включает в себя только те нормы, которые следуют из акта аутентичного толкования, и игнорирует все остальные нормы. С другой стороны, из нее следует модальное различие

⁶⁶ Разумеется, можно рассматривать теорию актов аргументативного принуждения как подобную теорию, тем более что некоторые ее положения свидетельствуют об этом. Но речь тогда пойдет о некоей конструкции, которая потребует самостоятельного ее изучения и которая, как кажется, совершенно не способна заменить реалистическую теорию толкования (скорее, ее назначение — дополнить данную теорию).

между нормами и актами их фактического применения. Отсюда, правда, вытекает существенное недоразумение: ведь таким образом сформированные нормы вполне могут не иметь никаких следствий в действительности. Если данные нормы рассматривать в качестве основополагающих для правопорядка (с тем чтобы избежать ситуации, когда нет норм, обосновывающих все остальные нормы), то они сразу лишаются эффективности, для обоснования которой вводился принцип эффективного толкования. Если нормы не в состоянии произвести следствия в правопорядке, то они вообще не могут иметь каких-либо следствий, по меньшей мере в смысле соблюдения и подчинения этим нормам. Такое прочтение данной теории полностью совместимо с общими установками эмпиризма, с семантическим эмпиризмом и даже с тезисом об эффективном толковании, но сам принцип эффективности акта толкования остается без объяснения. Далее, если рассматривать данный принцип как основополагающий для онтологии права и конструировать эффективность как фактичность, то придется признать, что речь здесь идет об элементарных (не выведенных из других) посылках. Таким образом, не только правовые установления и акты толкования будут фактами, но и в качестве собственно актов толкования будут приниматься только действительно осуществленные акты толкования, т. е. нормы. Редукционизм в этом смысле есть не что иное, как иная формулировка данной идеи. За пределами эмпиризма тождество факта и права есть исходная посылка реалистической теории толкования.

Однако тем самым затруднение лишь переносится в другое место. Если следовать реалистической теории толкования, то акторы, осуществляющие акты аутентичного толкования, являются элементами структуры власти. Поэтому важно знать, каков причинно-следственный статус тех действий, с помощью которых одни лица оказывают влияние на других. С этой точки зрения акты аутентичного толкования не имеют в себе ничего особенного, поскольку единственный допустимый в этом отношении вопрос — это вопрос о природе данного множества действий и, в более широком смысле, данного множества событий, вопрос о том, какое следствие и в какой сфере эти действия и события произвели. Возможно, что тексты, акты толкования и вообще любые акты, не имеющие никакого отношения к текстам или актам толкования в смысле реалистической теории толкования, будут оказывать влияние на субъектов властных отношений. Если попытаться выйти из этой ситуации путем обозначения в качестве актов толкования тех явлений, которые выступают звеньями в цепи причинно-следственных связей, то такой пример будет, несомненно, допустим с точки зрения терминологии, но мы тогда концептуально удаляемся от того референта, которого мы изначально желали обозначить. Телефонный звонок, требовательный взгляд, угрожающий жест, — в общем, все то, что способно повлиять на мотивацию субъекта, будет тогда «актом толкования». При этом такой «акт» не будет иметь никакого отношения к «текстам» и никакого влияния на определение значения — если под семантическим отношением не иметь любое прагматическое отношение в широком смысле.

С позиций редукционизма нормы конструируются как факты, а право рассматривается как полностью фактичное. Следовательно, область «права» более не может быть определена или распознана среди иных властных явлений в структуре данного общества. Иначе говоря, в силу того, что право и властные

отношения — это, строго говоря, одно и то же, все вытекающее из властных отношений является одновременно правовым. Но если право не существует в качестве *особого явления*, то очевидно, что о праве нельзя говорить как о некоем особом явлении. Итак, результат такого хода мысли вступает в противоречие с принципом особенности. Реалистическая теория права исходит из того, что правопорядок и акты толкования в рамках этого правопорядка представляют собой нечто такое, что можно выявить и анализировать в качестве отдельного явления. В то же время, если право и политика не могут быть строго разграничены, то первое оказывается невозможным. Если мы захотим избежать противоречия, то сразу встаем перед дилеммой: нужно отказаться либо от редукционизма, либо от принципа особенности. В обоих случаях мы вынуждены отказаться от одного из основополагающих принципов реалистической теории толкования.

Можно попытаться уйти от данной проблемы через допущение того, что в сфере права нет ничего, кроме системы лингвистико-прагматических явлений, в рамках которых поднимается вопрос о «праве». Следовательно, изучать право означает не что иное, как изучать случаи отсылок к «праву» в языковой практике участников властных отношений. Но здесь мы встаем перед двумя другими проблемами. Действительно, мы должны сначала определить, что есть отсылки к праву в языковой практике, иначе будет невозможно определить соответствующие моменты в этой практике. Такие критерии не могут быть исключительно фонетическими (некто произносит звуки слова «право»), поскольку речь идет именно о том, чтобы установить случаи использования понятия «право» (отсылка к праву может указывать на общее направление мысли, на некую этическую ценность или на что-то иное). Но реалистическая теория толкования не дает никакого указания на то, каким образом можно зафиксировать подобную отсылку к праву как к понятию. Вместе с тем появляется угроза утратить целостную и критическую картину поля политики, поскольку случаи лингвистического использования слова «право» могут не иметь ничего общего с властными отношениями, равно как и сами властные отношения могут вполне обойтись без эксплицитных отсылок к «праву».

С. Статус нормативности

Причина вышеуказанных трудностей в значительной степени заключается в невыясненности природы нормативности в рамках реалистической теории толкования. Согласно данной теории существуют нормы, которые формируются в результате операции определения смысла; именно данная операция отличает нормы от текстов, которые по причине отсутствия определенности смысла не имеют нормативного статуса. В чем же состоит нормативность норм? Речь не может идти просто об определении неких высказываний, которые делают обязательными, дозволенными или запрещенными некие человеческие действия, поскольку тогда могло бы оказаться, что эти действия, какими бы определенными они ни были, не могут быть реализованы без высказываний. Это также противоречило бы принципу эффективности толкования. Если же, наоборот, не принимать во внимание ничего, кроме тех высказываний, которые производят причинно-следственный эффект, то вполне могло бы оказаться, что мы имеем

дело с отсылками, не имеющими никакого нормативного элемента (в смысле определения некоей системы обязательных, дозволенных или запрещенных действий). Но принцип эффективности толкования предполагает, что мы имеем дело с определением *нормативного* значения текста. Поэтому данный принцип страдает от внутреннего противоречия. Возникает дилемма: нужно отказаться либо от эффективности как критерия установления норм, либо от нормативности тех текстов, которые подвергаются аутентичному толкованию.

Аналогичная проблема возникает и при использовании понятия «действительность». Толкование будет аутентичным, поскольку оно является значением некоего акта воли и, следовательно, является действительной нормой. Но действительность попросту не может быть признаком чего-либо, по отношению к чему текст атрибуирует данное свойство, ведь текст сам по себе не имеет свойства нормативности. В то же время очевидно, что властные органы образованы в силу текстов. И акты толкования данных органов являются действительными нормами в силу того, что сами органы созданы текстами. Акт аутентичного толкования может не иметь никакого действия или не приниматься во внимание — этот момент также будет представлять затруднения с точки зрения принципа эффективности толкования. Можно сказать, что только эффективные акты толкования являются нормами и, соответственно, обладают действительностью. Но тогда некоторые действительные нормы могут не являться актами аутентичного толкования, например, если они не определяют значение некоего «текста». Поэтому нужно указать на то, что во властных отношениях именно эффективные акты толкования являются аутентичным толкованием и что акты толкования представляют собой действительные нормы. Здесь опять-таки возможно, что данные акты не будут иметь никакого отношения к текстам и поэтому следует обозначать их (конвенционально) как «акты толкования». Тогда акты определения значения текстов, осуществленные правоприменительными органами, но по каким-то причинам не обладающие эффектом, не будут актами аутентичного толкования и поэтому не будут действительными нормами.

D. Реконструкция

Если проанализировать те трудности, которые вытекают из сложной системы реалистической теории толкования, то предпочтительнее отказаться в рамках этой теории от тех элементов, которые очевидно лишают ее практической значимости. Для того чтобы избежать вопроса о предварительной нормативной квалификации актов толкования, можно рассматривать принцип эффективности толкования как принцип, касающийся онтологии правопорядка: акты толкования являются конститутивными для системы права, которая в свою очередь выступает как система норм. Редукционизм в строгом смысле слова делает ненормативными те акты толкования, значение которых не распознано, и тем самым разрушает принцип особенности. Следовательно, мы отказываемся от редукционизма, но при этом не покидаем эмпиризм: эмпирически наблюдаемым фактом будет то, что некто производит некую норму; следствия этого факта также будут фактами. В то же время норма остается значением, противостоящим фактичности, значением, которое может быть не осуществлено. Поэтому норма будет лишена эффективности.

В рамках наших рассуждений допустим возможность реконструкции реалистической теории толкования, приняв следующие предположения:

- 1) акты аутентичного толкования суть нормы: они делают обязательными, дозволенными или запрещенными определенные акты человеческого поведения, независимо от того, осуществлены ли они в действительности;
- 2) акты аутентичного толкования являются конститутивными для правопорядка;
- 3) акты аутентичного толкования указывают на факт свободного (без предусмотренной юридической обязанности) применения органами текстов с неопределенным содержанием;
- 4) прагматический эффект от актов аутентичного толкования заметен в эмпирических методах социальных наук.

Те, кто создает акты аутентичного толкования, являются субъектами властных отношений. Но при этом не любой участник властных отношений с необходимостью является аутентичным толкователем в том смысле, что он имеет право создавать своими действиями причину и основание действий другого человека. Согласно такой реконструкции эффективность актов аутентичного толкования может быть эмпирически измерена, тогда как в силу той схемы, с которой мы начинали наше исследование, только действия, фактически имеющие эффект по отношению к другим действиям, могут рассматриваться как акты аутентичного толкования. Можно даже чисто гипотетически допустить, что акты аутентичного толкования выполняются в большинстве случаев. Это по меньшей мере позволяет сохранить некоторые ключевые элементы реалистической теории толкования: неопределенность текстов, тезис об эффективном толковании, волюнтаризм в толковании, свободу субъекта толкования, доктринальный скептицизм.

Но наша позиция заключается в том, что даже в этой усеченной форме реалистическая теория толкования сталкивается с препятствиями, которые делают ее неприменимой.

IV. Непреодолимые трудности

Сформулированная нами связь между эффективностью толкования, нормативным волюнтаризмом и принципом нормативной определенности приводит к пониманию права как системы аутентичных актов толкования. Она также ведет к невозможности нейтрального научного познания права, которое позволило бы изучать что-то иное, кроме таких актов аутентичного толкования, понимаемых как фактические события. Тем самым в области идеологии отрицаются любые иные варианты (кроме, разумеется, теории актов аргументативного принуждения) — это означает доктринальный скептицизм. Движущий мотив такой попытки состоит в том, только автор акта аутентичного толкования объективно определяет значение текстов (нормативная определенность и реализм в толковании). Но принцип нормативной определенности сам по себе не определен. Анализ данного принципа демонстрирует не только то, что его внутренняя структура содержит в себе неразрешимые проблемы (А), но и то, что в данной структуре заложена отсылка к концепции объективности, которая противоречит посылкам, на которых зиждется сам разбираемый принцип (В).

А. Эпистемологическая путаница

Реалистическая теория толкования отстаивает не только негативный, но и позитивный тезис. Сначала данная теория ограничивается тем, что она называет аутентичным толкованием, но тем самым она демонстрирует, что все то, что не входит в область аутентичного толкования и что претендует на звание «толкования», на самом деле не имеет никакой ценности в познавательном плане. Реалистическая теория толкования является теорией толкования лишь потому, что она связывает волюнтаризм в толковании с доктринальным скептицизмом. Определение значения некоего высказывания является результатом акта «воли», но не результатом некоей познавательной операции. Наоборот, не может быть никакого знания о значении текста, а то, что претендует быть таким значением, не является актом толкования. В этом аспекте есть лишь один вид толкования, а толкование, называемое доктринальным, является толкованием лишь по имени, ибо объект, на который такое толкование направлено, не существует. Этот негативный результат дополняется результатом позитивным: если доктринальное толкование не имеет никакой познавательной ценности, то только аутентичное толкование позволяет иметь доступ к знанию. Доктринальный скептицизм оказывается связанным с *органическим когнитивизмом*, т. е. с идеей, согласно которой осуществленные властными органами акты толкования дают прямой доступ к знанию о праве.

Данный аргумент является тривиальным в своем буквальном смысле и ложным в том, что делает его интересным. Аргумент верен и тривиален, поскольку тот акт определения значения, который сам не имеет нормативного значения, не может претендовать на такое значение. Ложен же он потому, что не может существовать вообще *никакого* знания о значении высказывания — совершенно абсурдно рассматривать второй аспект этого аргумента в качестве *логического следствия* первого аспекта.

1) Неопределенность «определения значения»

Если объектом толкования является определение значения, а такое определение само по себе имеет статус правовой нормы, которая установлена *вне соответствующих регламентных процедур* или, согласно терминологии реалистической теории толкования, установлена кем-то, кто не имеет статуса правоприменительного органа, то, действительно, доктринальное толкование не имеет объекта. Очевидно, что «доктрина» как таковая может иметь правомочие создавать нормы в определенных системах права,⁶⁷ но тогда она действует не в том смысле, который вкладывает в термин «доктрина» реалистическая теория толкования. Такая доктрина будет одним из примеров аутентичного толкования, тогда как доктринальное толкование есть факт действий тех лиц, которые не рассматриваются в качестве представителей «доктрины» канонического или международного права.

Предпосылкой второго аспекта разбираемого аргумента является то, что аутентичное толкование определяет значение, тогда как доктринальное

⁶⁷ Например, в международном или каноническом праве (если каноническое право вообще можно рассматривать в качестве правопорядка, что по меньшей мере неочевидно).

толкование значение не определяет.⁶⁸ Изучение данной посылки требует предварительного уяснения порядка использования терминов «толкование» и «определение значения». Термин «определить значение» может предполагать, как минимум, три совершенно разных смысла; избранная реалистической теорией толкования стратегия заключается в произвольном и некритическом смешении этих смыслов, хотя они концептуально несовместимы. Прежде всего, нужно выделить «определение смысла» в качестве *мыслительной операции* и в качестве *свойства*. О *свойстве* мы говорим, когда указываем на «определенность» некоего высказывания, значение которого полностью выяснено. Иными словами, говоря о любом предмете (независимо от того, указывают ли на него соответствующие понятия) и о любом использованном понятии, можно объяснить тот способ, которым субъект толкования пришел к определению тех объектов, которые он толкует. В противном случае мы будем иметь дело с неопределенностью. Если в этом смысле мы говорим о некоем определенном высказывании, то мы приписываем этому высказыванию особый смысл; мы делаем это без какой-либо зависимости от процедур, позволяющих приписать такой смысл данному высказыванию, и от тех действий, результатом которых мог быть такой смысл.

Если говорить о *мыслительной операции*, то «определение значения» может иметь, по меньшей мере, три разных смысла:

а) речь может идти о такой операции, *которая не изменяет объект*, но направлена на получение точного знания согласно избранным методам. «Определение значения высказывания» поэтому не позволяет говорить о замене одного значения другим или о создании такого значения, которое ранее не существовало; речь идет об анализе заданного значения с наиболее точным указанием на те аспекты, в которых это значение не определено либо определено. Назовем такую мыслительную операцию «аналитическим толкованием». Доктринальное толкование может быть аналитическим, если оно выполняет соответствующие требования, и не может быть аналитическим, если цель такого толкования состоит в изменении предмета толкования в смысле (b) или (c);⁶⁹

b) мы можем говорить о некоей мыслительной операции, в рамках которой объект толкования на имеет точных границ и может быть изменен так, что после этого его границы будут определены. В этом смысле очевидно, что невозможно определить нечто еще не существующее. Действительно, реалистическая теория толкования явно исходит из того, что объектом определения смысла является нечто неопределенное — то, что она называет «текстом». Назовем данную мыслительную операцию «текстуальным (замещающим) толкованием», или «текстуальным (замещающим) определением значения»;

c) «определение значения» может иметь в виду создание объекта, не имеющего никакой семантической связи с уже существующим объектом. В этом

⁶⁸ Разумеется, любое толкование определяет некое значение; но доктринальное толкование не может в этом отношении действовать объективно. Вообще, основной вопрос заключается в том, что понимать под термином «определять значение».

⁶⁹ В связи с этим реалистическая теория толкования должна пытаться доказать, что такая мыслительная операция невозможна. Однако такого доказательства не предлагается, а если бы оно и было предложено, то оказалось бы в противоречии с базовыми посылками данной теории (см. выше, подп. 2 п. «А» ч. III).

смысле невозможно определить то, что до этого не существовало, т. е. создать некий новый точно определенный объект. Назовем такую мыслительную операцию «креативным толкованием», или «креативным определением смысла».

Здесь ни в коем случае не идет речь об аналитическом толковании, поскольку изначально не может существовать какого-либо объекта, который можно было бы подвергнуть семантическому анализу. Однако возможно, что подобное определение значения имело место *применительно к некоему тексту*, хотя при этом между значением и текстом не существовало никакой иной связи, кроме разве что утверждения, согласно которому акт толкования осуществлен «во исполнение данного текста». Относительно данного текста мы имели бы дело с креативным толкованием; однако в качестве акта толкования рассматриваемая мыслительная операция содержала бы в себе «отсылку» к толкуемому объекту. Функция такой отсылки заключалась бы только в установлении некоего текста. Тогда мы говорили бы об «отсылочном креативном толковании». Если же отсылка направлена не только на установление текста, но и на установление его содержания, то мы возвращаемся к гипотезе текстуального толкования. Если такая отсылка кажется важной для текстуального толкования, то ее природа проблематична, а прямое назначение неясно в том, что касается креативного толкования. Если нормативная цель толкования не определена, то рассматриваемая отсылка является попросту ложной: она лишь позволяет продемонстрировать, что акт толкования не является аналитическим толкованием того объекта, к которому привязана отсылка. Если креативное толкование заключается в создании некоей нормы, то текстуальная отсылка может иметь сразу несколько функций. Речь может идти о каком-то паразитирующем элементе. Мы также можем подразумевать установление некоего текста как объекта, для которого толкование создает значение; такое установление *означает*, что текст семантически обуславливает акт определения значения. Тогда этот акт будет текстуальным толкованием. Если же исходить из ранее обозначенной гипотезы, согласно которой мы имеем дело не с текстуальным толкованием, то текстуальная отсылка является не паразитирующей, а ложной. Тезис реализма в толковании может пониматься в двух смыслах: либо ложная отсылка никогда не создает никаких последствий, касающихся нормативной действительности акта толкования, либо отсылка к тексту имеет паразитический характер и поэтому никак не зависит от нормативной действительности.

Аналитическое толкование не может быть замещающим текстуальным толкованием, а последнее, в свою очередь, не может быть креативным толкованием, и наоборот. Следовательно, между ними не может быть никакого взаимного пересечения.

В то же время реалистическая теория толкования использует термин «толкование» для совершенно разных мыслительных операций. То, что называется «аутентичным толкованием», является объективно юридическим актом создания норм путем креативного или текстуального определения значения. То, что называется «доктринальным толкованием», является совокупностью мыслительных операций по текстуальному или креативному определению значения, которые при этом не имеют нормативно-правовой ценности. Доктринальный скептицизм также исходит из того, что даже текстуальное определение значения не несет в себе никакой объективной информации о том тексте, с которым

оно связано. Осуществляемый при этом выбор не может рассматриваться как выбор некоей альтернативы, объективно заложенной в тексте, и поэтому здесь не может быть речи об аналитическом толковании. Согласно реалистической теории толкования любой акт создания норм осуществляется путем текстуального или креативного определения значения, т. е. путем возложения конкретно определенных обязательств (дозволений, запретов). Предпочтительнее называть данные мыслительные операции «конкретизацией» — этот термин мы будем далее считать эквивалентным термину «аутентичное толкование». По сравнению с последним термином, термин «конкретизация» выгодно отличается за счет того, что он подчеркивает особенность акта толкования, который (согласно положениям реалистической теории толкования) не дает никакого знания, тогда как сам по себе термин «толкование» обычно подразумевает те или иные когнитивные данные. Таким образом, мы избегаем парадоксальной идеи о том, что возможны некогнитивные мыслительные операции.

Аналитическое толкование (или определение смысла) по определению не предполагает никаких оценочных суждений, поскольку в рамках такого толкования невозможен выбор. Таким образом, данный вид толкования не является доктринальным толкованием в смысле реалистической теории толкования.

Данные уточнения сразу же демонстрируют два типа дополнительных трудностей в построении реалистической теории толкования: она одновременно допускает два несовместимых варианта, а в качестве единственного критерия нормативности отсылает к статусу органа, осуществляющего толкование.

Так, согласно рассматриваемой теории любое аутентичное толкование опирается на гипотезу, согласно которой, с одной стороны, существует текст (система высказываний), а с другой — введение значений происходит безотносительно к данному тексту. Разумеется, нельзя исключать связь между системой возможных значений и выбранным значением, но такая связь не влечет за собой никаких следствий применительно к введению значения, которое происходит независимо от данной связи. Таким образом, введение значения выступает в качестве определения значения (в смысле креативного толкования). Тезис об эффективном толковании, будучи принципом текстуальной неопределенности, связан с текстуальным толкованием, но волюнтаризм в толковании и тезис о том, что нормы образуются только в результате аутентичного толкования, связаны только с креативным толкованием, а последнее, в свою очередь, несовместимо с текстуальным толкованием. Мы опять сталкиваемся с новой серией трудностей.

Реалистическая теория толкования утверждает, что субъект аутентичного толкования ничем не связан. Иными словами, такой субъект может дать любое «толкование», которое ему покажется подходящим, даже если подобное толкование не обнаруживает никакой связи с толкуемым текстом. А если это положение истинно, то тезис об эффективном толковании, равно как и принцип текстуальной неопределенности оказываются ложными, поскольку текстуального толкования тогда вообще быть не может. И наоборот, если данные тезисы истинны, тогда не может быть креативного толкования. Рассматриваемая нами теория не дает возможности выбрать между этими двумя несопоставимыми вариантами.

В свете внесенных нами уточнений оказывается, что нормативная ценность не связана с определением значения, какой бы смысл мы ни придавали

данному термину. Нормативная ценность по определению исключена для аналитического толкования, но она может как присутствовать, так и не присутствовать в других видах толкования. Реалистическая теория толкования признает это обстоятельство путем связывания толкования со статусом осуществляющего толкование органа. Кроме того, кажется, что аналитическое доктринальное толкование не определяет значение в смысле текстуального или креативного толкования, — такое толкование создает определенность значения так, как это происходит в рамках семантического анализа. Не имея нормативной ценности, данный вид толкования тем не менее может определять значение. В то же время и текстуальное, и креативное толкования вполне возможны в рамках неаналитического доктринального толкования. Тем самым доктринальное толкование может определять значение, при этом не имея нормативного значения. Аутентичное толкование в том смысле, в котором его понимает реалистическая теория толкования, по сути, является текстуальным или креативным толкованием, имеющим нормативную ценность постольку, поскольку оно осуществлено неким правоприменительным органом. В этом отношении реалистическая теория толкования должна ввести точный и автономный критерий, который позволит установить, что мы имеем дело с таким органом.

2) Скептицизм с внутренним противоречием

Очень легко продемонстрировать, что доктринальный скептицизм не может быть выведен (согласно установкам самой реалистической теории толкования) из реализма в толковании, ведь он касается только вопроса создания норм, а не познания уже созданных норм. Если пытаться защитить рассматриваемый тезис, то мы должны отказаться от скептицизма (а), а если защищать скептицизм, то мы приходим к противоречию (b).

а) Если принять, что только конкретизация («аутентичное толкование») осуществляет селективное определение смысла, которое будет иметь статус юридической нормы, то этим еще ничего не сказано о свойствах других мыслительных операций по определению значения. Аутентичное толкование обладает модальностью для того, чтобы создавать нормы (реализм в толковании). Однако создать норму тем или иным способом еще не означает создать информацию или сформулировать результаты научного анализа — введение новой нормы есть факт возложения обязанностей или запретов либо же предоставления возможности действия. Обязывание, запрещение или дозволение ничему нас не учат (волюнтаризм в толковании); наоборот, остается открытым вопрос о том, в чем же состоят обязанности, запреты или дозволения, которые действуют в данной системе. Путем создания нормы мы не можем ответить на вопрос о том, в чем же заключается норма.⁷⁰ Иными словами, аутентичное

⁷⁰ Можно прийти к тому же выводу иным способом: реалистическая теория толкования отождествляет толкование с созданием норм и исключает при этом саму возможность «доктринального толкования», поскольку оно не обладает нормативным характером. Этот тезис не представляет никакого интереса, если речь идет только о том, что в силу отсутствия у доктринального толкования статуса нормы данный вид толкования не может претендовать на такой статус. Речь идет о простой тавтологии, использование которой может интересовать только тех, кто предполагает, что результаты деятельности осуществляющих доктринальное толкование лиц (вне вопроса о наличии у них особого на то полномочия)

толкование (конкретизация) по определению совершенно ничего не может сказать о значении текстов, поскольку данный вид толкования, напротив, состоит в создании некоего иного значения.

Если допустить, что нормы создают значение некоего акта воли, что они не являются при этом актами познания и что они являются результатами актов креативного толкования, то это все равно не позволит исключить возможность познания значения актов воли, равно как и тех высказываний, которыми выражается такое знание. Иными словами, это означает возможность аналитического толкования норм. Действительно, знание данных значений не ведет к их «определению» ни в смысле креативного толкования, которое подразумевает наличие выбора (независимого от какой-либо отсылки к тексту), ни в смысле текстуального толкования, которое подразумевает выбор из заданных опций. Речь идет о намеренном представлении уже определенных значений либо же значений, еще не определенных (т. е. свойств некоего заданного объекта). Это не волевой акт, поскольку тут не осуществляется выбор, поэтому доктринальный скептицизм нужно доказывать иными способами; но здесь мы видим, что все выдвигаемые реалистической теорией толкования аргументы оказываются в противоречии с этим скептицизмом.

Подобное знание нельзя исключить априори, поскольку даже если допустить истинность разбираемой нами теории, то единственное следствие из этого допущения состоит в том, что данный вид знания не имеет нормативной ценности. Если толкование (в том смысле, который в это понятие вкладывает реалистическая теория толкования) не является познавательным актом, то из этого никак не следует, что знание (аналитическое толкование) не является познавательным актом, так же как не следует, что такое знание априори невозможно.

б) Для демонстрации априорной невозможности такого знания необходимо доказать невозможность знания о том, в чем заключено значение. Реалистическая теория толкования не приводит доказательств невозможности аналитического толкования; напротив, она основывается на возможности такого толкования, что является одной из основ данной теории. Действительно, если мы не можем показать, в чем состоит некое значение, то семантический эмпиризм оказывается ложным. Также будут ложными и все остальные тезисы данной теории, где доказывается, что то или иное высказывание имеет то или иное значение, что данное значение является определенным или неопределенным. Тезис о невозможности аналитического доктринального толкования опирается на данные, которые дает само это толкование (какой бы ни была степень его точности). Следовательно, доктринальный скептицизм содержит в себе внутреннее противоречие.

Фактически сама разбираемая нами теория ничего аутентично не толкует, и поэтому она не может определять значения в смысле креативного толкования. Тем не менее данная теория исходит из предположения, что некоторые

тем не менее обладают нормативной ценностью. Возможно, такие предположения многократно повторяются каждый день, но они с очевидностью абсурдны и не представляют никакого теоретического интереса. Если отсюда и можно вывести некий интересный тезис, то он будет состоять в невозможности аналитического толкования.

высказывания имеют то или иное нормативно определенное значение (свойство) и что такое свойство можно продемонстрировать. Реалистическая теория толкования придает неким органам способность давать аутентичное толкование в силу того, что эта способность может принадлежать таким органам. Если мы можем сказать о том или ином факте, что это — акт аутентичного толкования, не обращая при этом к статусу осуществляющего толкование субъекта, то мы имеем дело с аналитическим толкованием.

Разумеется, разбираемая теория, как мы помним, колеблется в выборе между двумя концепциями эмпирической науки о праве. Согласно радикальной версии этой теории подобная наука просто не может существовать, поскольку может существовать только общая социальная наука о властных отношениях, а особой наукой *права* быть не может. Но в этом случае мы опять приходим ко всем тем трудностям, которые пытались разрешить путем такой реконструкции данной теории, которая позволяла бы сохранить принцип особенности. Этим путем мы нашли выход, благодаря которому наукой права можно было бы считать науку о действительных нормах, которые иначе можно обозначить как акты аутентичного толкования. Согласно данной концепции нормы рассматриваются не как идеальные объекты,⁷¹ а как строго эмпирические объекты, которые могут быть описаны без каких-либо оценочных суждений. Это не препятствует нам в том, чтобы считать данный эмпирический объект «действительной нормой», т. е. «актом аутентичного толкования». В этом случае согласно реалистической теории толкования мы имеем дело с объективной и нейтральной наукой, изучающей *особую нормативную* область. Итак, норма является значением некоего волевого акта, а следовательно, установление такой нормы с необходимостью предполагает наличие семантического критерия.

Можно было бы попытаться утверждать, что тем самым мы не приходим к аналитическому толкованию (в рамках которого знание предполагается невозможным). Однако мы все равно можем только абстрактно рассуждать об неких объектах такого знания, не имея возможности приобрести само знание и конкретно говорить об этих объектах. Реалистическая теория толкования делает упрек метафизическому реализму, согласно которому существует некая объективная действительность, знание о которой недоступно. Но если такое знание само по себе недостижимо, то данная теория не представляет никакого интереса, поскольку тогда никто никогда не сможет сказать, что создана некая норма. В данном случае рушится и принцип эффективности. Необходимо оставить в стороне попытки понять, что представляет собой значение некоего высказывания, создаваемое в результате аутентичного толкования.⁷² Единственным

⁷¹ Это «гилетическая» концепция, которая с легкой руки Карлоса Альчуррона и Евгения Булыгина приписывается Кельзену, по меньшей мере, начиная со второго издания «Чистой теории права» (*Alchourrón C., Bulygin E. The Expressive Conception of Norms // New Studies in Deontic Logic / ed. R. Hilpinen. Dordrecht, 1981. P. 95–125; Bulygin E. Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms // Law and Philosophy. 1985. N 4. P. 145–163*). Позицию реалистической теории толкования по этому поводу см.: *Troper M. Les theses volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science du droit // Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 57 sq.*

⁷² Случаи доктринального толкования, имеющего аналитическую направленность, очень многочисленны. Впрочем, весьма интересно, что зачастую они понимаются

способом спасти разбираемую нами теорию будет введение дополнительного тезиса, согласно которому норма может быть создана, наделена эффективностью и быть применена без помощи какого-либо когнитивного акта. Но наряду с тем, что такое утверждение будет абсурдным, будет также непонятно, почему авторы актов аутентичного толкования стараются создать такие высказывания, которые обладали бы определенным нормативным значением. Тогда нужно было бы предположить, что адресаты данных норм способны понять значение этих норм и действовать согласно этим нормам (или, наоборот, сознательно нарушать эти нормы).

3) Органический когнитивизм

Но если реалистическая теория толкования основана на смешении нормативного процесса (конкретизация) и аналитического толкования (лишая тем самым нормативной власти субъекта доктринального толкования), тем не менее она парадоксальным образом наделяет субъекта аутентичного толкования способностями к объективному познанию. Согласно реалистической теории толкования такой субъект не может ничего знать (а), а если и знает что-то, то уже не является субъектом аутентичного толкования (b).

а) Акты аутентичного толкования в рамках разбираемой теории являются актами креативного или текстуального толкования; в обоих случаях они имеют нормативно-правовую ценность. Допустим это в ракурсе наших рассуждений. Тогда получается, что данные акты не являются актами аутентичного толкования и что они не дают нам никакого знания о значении тех текстов, к которым отсылают. Если такие акты имеют нормативную ценность, то они не имеют совершенно никакой познавательной ценности. Вместе с тем разбираемая теория рассматривает эти акты, как если бы они представляли собой некий ответ — и даже единственный допустимый ответ — на тот вопрос, который ставится при аутентичном толковании. Здесь аргументация следует следующему алгоритму: нет никакого смысла задаваться вопросом о том, что имеется в виду правоположение Д (например, «Человеческое достоинство ненаруσιμο», «Президент

одновременно и как акты доктринального толкования, и как аргументы в обоснование самой теории. Ср., напр.: *Troper M. Pour une théorie juridique de l'Etat*. P. 335. — В указанной работе приводится аргумент, показательный для реализма в толковании: «Итак, поскольку установлено, что некоторые статьи закона о национализации "в том, что касается справедливого характера возмещения, являются не соответствующими требованиям ст. 17 Декларации прав человека и гражданина", то получается, что избрано такое толкование содержащегося в Декларации слова "справедливое", которое делает рассматриваемые правоположения фактически противоречащими Конституции. Но можно было бы избрать и иное толкование, чтобы рассматриваемый закон оказался соответствующим Конституции. Тем самым толкователь подчинен только созданным им самим нормам, своей собственной воле». Подобные рассуждения, очевидно, были бы невозможны, если бы не было никакого способа узнать, что по этому поводу говорит Конституция (как это вообще можно было бы узнать, если бы Конституционный Совет не основывал свои решения на Конституции?), а также что именно говорит об этом сам Конституционный Совет. Цитированный пример направлен на то, чтобы проиллюстрировать тезис, согласно которому «не существует объективного значения, которое могло бы быть познано» (*Ibid.* P. 333). Данное противоречие становится заметным сразу же, как только мы сравниваем этот тезис с вводным отрывком, который предшествует изложению тезиса: «Очевидно, что для того, чтобы применить норму, необходимо познать эту норму» (*Ibid.* P. 332).

Республики подписывает указы» и т. п.), поскольку любая попытка определить смысл будет всего лишь «актом доктринального толкования». Единственным ответом, который можно дать на подобного рода вопрос, будет: это *означает* то, что говорит об этом субъект аутентичного толкования (Конституционный Суд ФРГ, Президент Республики Франция и т. п.). Согласно терминологии реалистической теории толкования субъект аутентичного толкования не может сказать, что означает то, что говорит субъект аутентичного толкования, поскольку такой субъект создает норму, а не занимается анализом значения соответствующего высказывания.

b) Учтем, что некоторые субъекты аутентичного толкования, особенно суды высших инстанций, занимаются толкованием, которое определяет значение некоего высказывания, и иногда эксплицитно придают нормативную ценность такому толкованию путем включения определенных мотивов в резолютивную часть. Такое рассуждение основывается на путанице: настолько, насколько речь идет о нормативных актах таких органов, здесь невозможно определение значения в смысле аналитического толкования. Мы имеем дело только с определением значения в смысле текстуального или креативного толкования, которые по определению не дают нам никакого знания о том, что говорит текст, и которыми осуществляется нормативный выбор. Что касается актов аутентичного толкования, т. е. нормативных актов, то они лишены истинностного значения и всего лишь делают определенное поведение обязательным, дозволенным или запрещенным. Но если в совокупности высказываний, которые формируют решение суда высшей юрисдикции, есть фразы, касающиеся значения текстов (даже если сами фразы не имеют нормативной ценности), речь все равно будет идти просто об элементах доктринального толкования, которые *сами по себе* не способны предопределить нормативный выбор. Обычно такие доктринальные соображения занимают достаточно мало места и легко распознаются в тексте «решения». Но расположение высказываний в нормативном ряду еще не позволяет определить их нормативное или экспликативное свойство. То, что называется «резолютивной частью», может содержать и ненормативные элементы, тогда как то, что называют «мотивировочной частью», может нести в себе нормативные элементы. Если в резолютивной части суд отсылает к некоторым мотивам, то очевидно, что при этом он не может сделать обязательным, дозволенным или запрещенным избранное судом объяснение смысла высказывания, поскольку даже суд высшей инстанции не может сделать то, что является концептуально невозможным. В то же время такой суд может придать нормативный статус тем высказываниям, которые иначе имели бы только дескриптивный статус. Если, например, в мотивировочной части объясняется, что правовоположение *D* имеет смысл «Обязательно, что *p*», то отсылка в резолютивной части к этой фразе делает *p* обязательным; если в мотивировочной части разъясняется значение некоего термина, то сделанная в резолютивной части отсылка к такой фразе делает обязательным (касательно правовоположений, в которых встречается этот термин) применение такого смысла к тем предметам или лицам, которые указаны в подобном разъяснении. Техника составления судебных решений нередко допускает смешение разных частей решения, но даже это, очевидно, не может превратить истинное или ложное высказывание в нормы, которые не являются ни истинными, ни ложными, равно как не

может сделать норму истинной. Разумеется, норма может сделать обязательным, чтобы мы рассматривали некие факты как истинные или ложные, но такое обязательство не делает эти факты ни истинными, ни ложными.

В. Беспредметная теория

Реалистическая теория толкования пытается продемонстрировать, что правовыми являются только те нормы, которые получаются в результате аутентичного толкования. Только они объективно являются нормами. Поэтому нужным представляется выработать критерии объективности; такие критерии разрабатываемая теория находит в статусе органов и в фактической эффективности (1). Столкновение данных элементов не позволяет сформировать предмет исследования ни в нормативной (2), ни в фактической (3) эффективности и приводит к безвыходной регрессивной структуре (4).

1) Критерии объективности

Нет разницы в том, кто может создавать нормативные высказывания. Но статусом нормы они будут обладать только субъективно. Для того чтобы мы могли говорить о нормах права, необходимо дополнить высказывания специфически правовыми элементами. Очевидно, речь не идет о некоем качестве, признанном в текстах за высказываниями, поскольку сами тексты являются неопределенными, а неопределенность совершенно несовместима с юридической нормативностью. Тем более недостаточно сказать, что таким качеством обладают акты аутентичного толкования, поскольку нам именно и нужно узнать, что есть неаналитическое толкование — тот вид толкования, который позволяет актам креативного или текстуального толкования иметь свойство *аутентичности*. Реалистическая теория называет два критерия: необходимо, чтобы нормотворчество осуществлялось определенным органом, точнее, «правоприменительным» органом;⁷³ необходимо, чтобы акт толкования имел действие в данном правовом порядке (принцип эффективности толкования).⁷⁴

Разрабатываемая теория нигде не дает определения понятия «орган». Она отсылает к интуитивным данным, как и в случае с «высшими судебными органами», «конституционными судами», «президентом Республики». Отличительной чертой таких органов является то, что они создают акты аутентичного толкования, хотя при этом и применяют тексты. Именно поэтому реалистическая теория толкования называет их «правоприменительными органами». Но такой орган в нормативном плане совершенно независим от тех текстов, которые он

⁷³ «Но если значение данного акта [воли], например, значение законодательного акта, определено правоприменительным органом, то отсюда неизбежно следует, что некий юридически действительный закон есть объективное значение некоего человеческого действия в том виде, в каком это действие определено судьей» (Tropet M. Pour une théorie juridique de l'État. P. 92).

⁷⁴ Правоположение «сможет иметь объективное значение нормы только при условии, что правопорядок устанавливает некоторые юридические последствия за нарушение нормы. Именно то толкование, которое дают данной норме интерпретационные органы, позволяет определить, имело ли место нарушение и, соответственно, следует ли применить действия, предусмотренные для подобных случаев» (Ibid. P. 305).

применяет, поскольку осуществляемые этим органом акты толкования являются референтными способами текстуального или креативного определения значения. Такой орган создает не только норму, но и свою собственную компетенцию. Поэтому указанные органы в рамках реалистической теории толкования являются *аутопойетическими* (по меньшей мере, в нормативном плане).

Введение в качестве критериев статуса органов и эффективности эксплицитно отсылает нас к вопросу об особенностях правопорядка. Правовые нормы отличаются от норм других систем. Не установлено, в чем же конкретно заключается разница, но, по меньшей мере, можно предположить, что речь идет о чем-то специфически *нормативном*. Иначе что можно иметь в виду под выражением «производить действие»? Здесь можно было бы говорить о нормативном или фактическом действии. Ни тот, ни другой вариант не дает удовлетворительного ответа.

2) Нормативная эффективность

Нормативное действие имеет конститутивное значение для нормы: нормой является то, что делает обязательными, дозволенными или запрещенными определенные виды человеческого поведения, и именно в этом и состоит действие нормы. В качестве таковой норма никакого другого действия и не имеет, поскольку в ином случае мы говорили бы о причинных следствиях. В этом смысле совершенным плеоназмом будет говорить, что норма существует, только если она имеет действие. Возможно, что тут мы имеем дело с желанием подчеркнуть правовую нормативность по сравнению с нормативностью, например, морали. Но реалистическая теория толкования не дает никаких указаний на этот счет — она не вводит ничего, что помогло бы отличить правовую норму от иных норм. По меньшей мере это касается вопроса о нормативности указанных норм. Подобное различие могло бы состоять в том, что правовая норма зависит от других норм, которые по тем или иным причинам уже рассматриваются в качестве правовых (а не моральных или каких-либо еще), или отсылает к ним. Нормативность права определялась бы тогда рекурсивным путем.⁷⁵ Даже если не говорить о затруднительности определения специфики права только через рекурсивное указание на признаки, сами по себе остающиеся необъясненными, данный путь объяснения противоречит базовым посылкам реалистической теории толкования, согласно которым норма является результатом аутентичного толкования, а сами акты аутентичного толкования не зависят от других норм, поскольку именно субъект аутентичного толкования определяет свою собственную компетенцию, а не получает полномочие через какую-то другую норму.

⁷⁵ Таким образом, чистая теория права конструировала принадлежность или действительность норм в рамках правопорядка: некая норма существует в рамках некой системы постольку, поскольку она создана согласно предписаниям некой нормы, которая дана в этой системе [$N_k = f(N_{k-1})$]. Но согласно этой теории нормативность не является исключительно производной от нормативной специфики правовых систем. О проблеме относительной принадлежности норм см.: Pfersmann O. Pour une typologie modale de classes de validité normative // La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright / ed. J.-L. Petit (Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen). 1995. N 27. P. 69–113.

С этой точки зрения ссылка на производимый эффект попросту оказывается бессмысленной, поскольку она лишь подчеркивает то, что данные нормы действительно приказывают (запрещают, дозволяют) совершать определенные действия (и не являются лишь желаниями). Но если это допустить, то фактические последствия будут нейтральны для устанавления статуса органа и норм, созданных такими органами, поскольку реалистическая теория толкования утверждает, что любой орган аутопойетичен. Отсюда следует, что создание норм (если оно следует принципу нормативной определенности) всегда определяет статус того органа, который эти нормы создает. Поэтому будет столько же органов, сколько норм, и любой акт текстуального или креативного определения значения будет нормой. Таким образом, разбираемая теория сталкивается с неограниченным множеством органов. Если же между нормами нет отношений, то получается ужасающая гиперинфляция органов и норм, поскольку каждый орган и каждая норма будут образовывать самостоятельный самореферентный универсум. В то же время речь будет идти о хрупких универсумах, поскольку они существуют только при условии, что создают акты аутентичного толкования. Эти универсумы не пользуются своими полномочиями ни до, ни после того, как они эти полномочия осуществляют. В таком случае говорить о Конституционном Совете или Президенте Республики действительно можно только на тот момент, когда нечто определяет себя как «Конституционный Совет» или как «Президент Республики». Количество органов будет безграничным, а сами эти органы — эфемерными. Вместо того чтобы ограничивать количество за счет исключения всех тех органов, которые создают только неопределенные тексты, реалистическая теория толкования должна включить в список все те органы, которые осуществляют акты текстуального или креативного определения значения. Но это именно то, чего нужно было избегать, — так мы возвращаемся к определению правовой нормативности через определение характера высказывания. И поэтому здесь не может идти речи о нормативных эффектах.

3) Фактическая эффективность

Следовательно, нужен критерий для разграничения, нужно рассматривать эффективность через фактическую причинность, как то предполагает принцип эффективности толкования. Таким образом, в качестве органов будут выступать инстанции, осуществляющие акты текстуального или креативного определения смысла, за которыми следуют осязаемые последствия в человеческих делах. Иными словами, необходимо, чтобы в фактах осуществлялось то, что требуют или на что управомочивают нормы (если ограничиваться только рассмотрением эффективности в глобальном масштабе и утверждением аутопойетического характера органов, то мы опять окажемся перед лицом вышеописанных проблем).

Такая концепция проблематична по нескольким основаниям. Во-первых, мы встречаемся с проблемой радикального редукционизма. Реалистическая теория толкования ставит нормативный характер высказывания в прямую зависимость от чистой фактичности, а это логически невозможно.⁷⁶ Теория,

⁷⁶ Нельзя вывести прескриптивное высказывание из исключительно дескриптивных посылок (закон Юма). Но именно это здесь и происходит. Норма *Op* («обязательно, что *p*») считается действительной, если и только если: а) встречается лингвистическая

нарушающая фундаментальные законы формальной логики, не имеет никакой ценности, а реалистическая теория толкования настаивает именно на таком нарушении.⁷⁷

Вместе с тем такая конструкция может быть скорректирована, если попытаться ее укрепить путем возведения строгой фактичности в ранг единственного критерия отграничения сферы права от более широкой сферы нормативности, — как правовые рассматривались бы только те нормы, которые были осуществлены в буквальном значении этого термина. Таким образом, мы получили бы область исследований, доступную для эмпирических наук. Но при двух условиях: нужно обладать способностью четко определить, в чем состоит норма, и нужно точно измерить (применительно к каждой из норм), есть ли соответствие между тем, что требует (или разрешает) норма, и что было осуществлено. Принцип нормативной определенности налагает здесь существенные ограничения, поскольку требуемые действия должны быть определены исчерпывающим образом. Если у нас нет доказательств осуществления требуемого поведения, то речи о *правовой* норме не идет.

В этой ситуации мы бы имели «правопорядки», которые объединяют акты аутентичного толкования, осуществленные в буквальном значении этого термина. Вместе с тем здесь трудно говорить о «порядке» или «системе права», поскольку между нормами не может быть отношений.⁷⁸ Наука о праве стала бы социологией властных отношений, поскольку такие отношения приняли бы форму лингвистических оборотов, которые сопровождаются реализацией на практике, а реалистическая теория толкования рассматривала бы социологию подчинения в качестве единственного допустимого научного рассуждения о «праве». В этом случае неизбежно пришлось бы отказаться (вновь) от принципа особенности, поскольку очевидно, что в рамках избранного подхода *любой* норме сопутствуют некие фактические следствия. Можно сказать, что фактичность именно заменяет здесь особенность.

Допустим, что такой подход возможен. Тогда мы вновь оказываемся перед проблемой исключения альтернативных определений из предметной сферы.

конструкция *O p* и *b*) происходит *p*. См. замечательное исследование этой проблемы: Schurz G. The Is-Ought Problem: An Investigation in Philosophical Logic (Trends in Logic. Vol. 1). Dordrecht, 1997.

⁷⁷ Разумеется, реалистическая теория толкования рассматривает нормы как эмпирические факты (ср.: *Troper M. La théorie du droit, le droit, l'État*. P. 6, 13), хотя при этом трудно понять, чего она добивается отрицанием закона Юма. Такое отрицание требует введения по меньшей мере более сильной формальной теории, позволяющей добиться искомого результата; но ничего в разбираемой теории не свидетельствует о том, что подобная задача вообще ставится. Когда реалистическая теория толкования говорит о норме как об эмпирическом факте, можно прийти к следующему выводу: считается эмпирическим факт, согласно которому некое высказывание своим значением имеет обязательность, запрещенность или дозволенность определенного поведения, — факт, выраженный в осязаемой форме.

⁷⁸ За исключением внутренней области аутентичного толкования и только в той степени, в которой толкование созидает подобную связь. Поэтому здесь не будет отношения между актами аутентичного толкования, иначе такие акты оказались бы нормативно зависимыми друг от друга и уже не были бы актами аутентичного толкования в смысле реалистической теории толкования.

Действительно, даже если подобная научная дисциплина могла бы существовать, это никак не позволило бы продемонстрировать невозможность такой системы норм, где имели бы место отношения между нормами и где нормы существовали бы безотносительно к сфере фактичности в строгом значении этого термина.

Но такую научную дисциплину, помимо прочего, очень трудно создать. Еще ни одно исследование со стороны реалистической теории толкования не имело в качестве своей аналитической базы так понимаемые нормы и их осуществление — это потребовало бы очень серьезных предосторожностей при работе с эмпирическим материалом. Ни одна из работ данной теории до настоящего времени не указала даже в самых общих чертах на ту методологию, которая позволит опытным путем установить осуществление некоей строго определенной нормы.

Но даже если по-настоящему погрузиться в изощренные и утонченные исследования в области социологии подчинения, мы все равно наткнемся на непреодолимое препятствие, преодоление которого потребовало бы отказа от фундаментальных установок рассматриваемой теории. Действительно, если попробовать опытным путем установить осуществление (в строгом смысле) определенных норм, то нужно предварительно установить, в чем состоят данные нормы. Итак, принцип эффективности вступает в конфликт с доктринальным скептицизмом.

4) Двойной регресс

Даже если мы принимаем посылки реалистической теории толкования, абстрагируясь от вышеозначенных трудностей, то опять-таки оказываемся в двойном тупике. Согласно разбираемой теории любой текст является неопределенным, а любая норма — определенной. Поэтому между нормой и текстом не может быть никакого совпадения. Точнее, неопределенным является именно значение текста; согласно некоторым вариантам теории такое значение и вовсе не существует. Напротив, норма есть определенное значение, которое является результатом аутентичного толкования, осуществленного неким органом.

Но что же делает этот орган, когда создает акт аутентичного толкования, т. е. норму? Реалистическая теория толкования, видимо, допускает, что орган создает *саму по себе* норму, без какого-либо посредничества и поддержки. Очевидно, что это невозможно. Свойством некоего значения всегда является выступление в роли значения некоего лингвистического акта, доступного наблюдению, но само значение не является актом. Нельзя создавать нормы, не создавая при этом высказывания, значениями которых и будут нормы, равно как не существует прямого доступа к самим по себе значениям.⁷⁹

Даже если существуют нормы в том смысле, который в этот термин вкладывает реалистическая теория толкования, они все равно являются не чем иным,

⁷⁹ Именно это прямо признается самой реалистической теорией толкования. Ср.: «Для применения нормы ее, очевидно, нужно знать. Итак, норма не выражается напрямую и поэтому не воспринимается непосредственно» (*Troper M. Pour une théorie juridique de l'État*. P. 332).

как значениями высказываний. А совокупность высказываний есть не что иное, как текст. Но для разбираемой теории любой текст является неопределенным. Отсюда следует, что нормы вообще не могут существовать, поскольку любая норма в этой теории является определенной. Если реалистическая теория толкования истинна, то это доказывает ее ложность, поскольку она не имеет предмета.

Следуя логике наших рассуждений, допустим, что могут существовать высказывания, имеющие определенное значение. Но это невозможно утверждать и доказывать, поскольку любое предложение типа «Это высказывание демонстрирует некое определенное нормативное значение» не является актом аутентичного толкования в силу того, что не обладает нормативными элементами. Следовательно, в рамках разбираемой теории речь идет о некоем предложении, обозначающем некое знание, т. е. об анализе слов, внешнем по отношению к аутентичному толкованию; иными словами, речь идет о доктринальном толковании. Согласно реалистической теории толкования такое предложение не имеет никакой объективной ценности, поскольку не обладает нормативной ценностью. Следовательно, невозможно говорить о таком объекте, как «право». Если реалистическая теория толкования правильна и если, следовательно, доктринальный скептицизм истинен, то сама эта теория не может говорить о своем объекте. Разумеется, за исключением рассуждений на уровне метаязыка.

Но даже если можно было бы говорить о некой конкретной норме, то такая возможность в свою очередь была бы условной. Действительно, любой имеющий объективную ценность акт толкования имеет свою основу в акте, учреждающем статус органа. Поэтому невозможно говорить нечто о значении некоего текста до того момента, пока правоприменительный орган не подверг толкованию этот текст. Но и это толкование опять-таки выражается с помощью текста. Следовательно, невозможно знать объективное содержание до того, как некий правоприменительный орган не истолковал это содержание. Второй акт толкования вновь выражается с помощью текста, о точном значении которого опять невозможно сказать что-то объективное до того, как некий другой орган не выскажется на этот счет, и т. д. Если принцип текстуальной неопределенности верен, то совершенно невозможно прийти к действительно аутентичному толкованию. Иными словами, реалистическая теория толкования ведет к регрессу в бесконечность.

Если же данная теория без каких-либо предосторожностей приступает к демонстрации содержания нормативных высказываний, созданных органами, то она будет говорить конкретно о тех или иных актах аутентичного толкования. Правильность и возможность подвергнуть проверке на правильность это утверждение зависят от теории аналитического доктринального толкования. Семантический эмпиризм имплицитно обрисовывает в общих чертах такое толкование, но все строение самой теории стремится показать невозможность этого толкования. Даже если бы реалистическая теория толкования имела некий предмет, она никогда не смогла бы его познать и тем более говорить о нем.

Если основополагающие тезисы реалистической теории толкования, реализм в толковании и доктринальный скептицизм могут быть обоснованы, они все равно не имеют предмета, поскольку нет ничего, кроме лишенных значения или неопределенных текстов. Если данная теория все же имеет предмет, то

указанный предмет есть социология подчинения. Но это совершенно не позволяет доказать невозможность познания и изучения иных объектов, именуемых «правом». Если реалистическая теория толкования правильно сконструировала свое исследовательское поле, то ей следует заняться эмпирическими исследованиями. Но элементов таких исследований никогда не было в данной теории, а методологические основания этих исследований не были обозначены даже в самых общих чертах. Если бы данная теория все же могла иметь в качестве своего предмета акты аутентичного толкования, которые она рассматривает как единственные конститутивные элементы «правовых порядков», то эта теория должна была бы заниматься текстуальной семантикой. Но она приходит к обоснованию невозможности объективного знания о значении. Если бы реалистическая теория толкования была бы истинной, ей пришлось бы остаться немой.