

О. Пферсманн*

**Теория без объекта, доктрина без теории.
В качестве ответа Мишелю Троперу****

В ответе на мои возражения против реалистической теории толкования Мишель Тропер утверждает, что моя критика безосновательна, что моя собственная теория, напротив, демонстрирует «возможность существования науки о праве, сконструированной по модели эмпирической науки... предметом которой является норма, понимаемая не как долженствование, а как факт, как высказывание... объектом которых является определение нормативного значения других высказываний».¹

«Ответ» Мишеля Тропера преимущественно сводится к анализу моей критической статьи. С одной стороны, публикация этой статьи дала повод для весьма поучительной дискуссии о выделении классов высказываний, касающихся общих и абстрактных норм. С другой стороны, она позволила обнаружить двоякую трудность (эпистемологическая путаница и отсутствие объекта) и привела к констатации в теории Тропера непреодолимых трудностей (как и называется последний раздел моей статьи).

Проливая свет на некоторые аспекты реалистической теории толкования, аргументация Мишеля Тропера все же далека от убедительности. Как и другим «реалистическим» теориям права, его теории не удастся одновременно быть

* Пферсманн Отто (Pfersmann Otto) — профессор Университета Париж-1 Сорбонна.

** Pfersmann O. Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // *Revue Française de Droit Constitutionnel*. 2002/4. N. 52. P. 759–788.

Перевод с франц. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

¹ Troper M. Réplique à Otto Pfersmann // *Revue Française de Droit Constitutionnel*. 2002/2. N 50. P. 335–353. — Выражаю благодарность Мишелю Троперу, а также членам аспирантского семинара, которые поделились со мной своими ценными комментариями касательно моей первой критической статьи. Также благодарю руководство «*Revue Française de Droit Constitutionnel*», позволившее публикацию данной интеллектуальной полемики на страницах этого журнала.

Под «реалистической теорией толкования» я понимаю ту теорию Тропера, которая была сформулирована в книгах Мишеля Тропера «*Pour une théorie juridique de l'État*» (1994), «*La théorie du droit, le droit, l'État*» (2001); в качестве «реалистической теории толкования — 2» я имею в виду ту теорию, которую Тропер формулирует в ответе на мою критику. Соответственно, «теория юридических сдержек», или «теория актов аргументативного принуждения в праве», — это теория, изложенная Тропером в вышеприведенных работах. Нужно также устранить упущение в части библиографии моей первой критической работы. Среди цитированных работ по теме необходимо было упомянуть также: Wachsmann P. *La volonté de l'interprète* // *Droits*. 1999. N 28. P. 29–45. — Иные работы, опубликованные позднее, не могут быть использованы здесь.

эмпирической и иметь отношение к фактам нормотворчества. Но если другие теории считают нужным напрямую изучать право как доступное наблюдению явление, то реалистическая теория толкования сталкивается с серьезной трудностью, пытаясь определить относящиеся к праву факты как «акты аутентичного толкования», которые состоят в определении значения «текстов». Для того чтобы сконструировать элементы настоящей эмпирической науки, разбираемой теорией следовало бы освободиться от любых отсылок к анализу речевых актов (коими и являются судебные решения).

Таким образом, реалистическая теория толкования сталкивается с принципиальной дилеммой, которая опять появляется в «Ответе» Тропера. С одной стороны, анализ высказываний (будь они прескриптивными или дескриптивными) предполагает, что они имеют значение и что возможно познание этого значения. С другой стороны, предположение, что высказывания имеют значение, ведет к признанию возможности такого толкования, которое не будет ни аутентичным, ни догматическим, ни фактологическим. Подобная дилемма подразумевает противоречие с тезисом, согласно которому значения не существует, а есть только «определение значения». Вместе с тем утверждение, согласно которому эмпирическое знание невозможно без обращения к элементарным семантическим критериям, делает необходимым введение в теорию процедуры установления соответствующих явлений. Эти явления не могут быть речевыми актами. При этом единственными данными, оставшимися без внимания реалистической теории толкования, являются именно речевые акты, установление которых связано не с независимыми эмпирическими процедурами, а с более традиционными методами правовой доктрины, обычно рассматриваемыми в качестве прескриптивных методов.

С учетом их относительной важности в настоящей работе сначала будут рассмотрены некоторые вопросы метода (I), затем будет проанализирован вопрос семантики (II) и, наконец, будут изучены внелингвистические критерии установления «актов аутентичного толкования» (III).

I. Вопросы метода

Мишель Тропер подвергает мою позицию методологической критике и делает (эксплицитно или имплицитно) ряд замечаний, касающихся своей собственной позиции. Прежде чем перейти к дискуссии о выдвинутых в ходе полемики тезисах, следует сделать некоторые замечания по поводу: а) процесса реконструкции; б) объекта моего ответа в настоящей статье; в) места теории понуждения; г) использования общефилософского контекста при конструировании теории «толкования права».

1) Реконструкция и терминология

Очевидно, что моя позиция в общем и целом основывается на реконструкции реалистической теории толкования. Сам термин «реалистическая теория толкования» означает здесь совокупность высказываний касательно разных объектов, среди которых одни объекты служат посылками для других, выводимых из суждений о первых объектах. Поэтому нужно строить аргументацию в два этапа: 1) создать единую конструкцию, в которой будут изложены элементы,

лежащие в основании ключевых тезисов разбираемой теории; 2) попытаться придать этим элементам по возможности наиболее последовательную форму. Здесь приходится отталкиваться от «текстов, написанных в течение долгого времени, относительно разных объектов и в рамках различных дебатов»² по той причине, что объектом этих текстов было «толкование права». Впрочем, большая часть этих текстов объединена в книгах, характеризующихся определенным единством изложения, о которых можно сказать, что, судя по их названиям, они вписываются в рамки некоего единого проекта. Таким образом, путем простого прочтения этих текстов можно последовательно сгруппировать их отдельные элементы в такие рубрики, как «волютаризм в толковании» или «принцип текстуальной неопределенности», поскольку этим рубрикам непосредственно соответствуют те данные, к которым такие рубрики отсылают. Выбор названий рубрик может быть более или менее удачным, и я с готовностью признаю, что некоторые термины едва ли совместимы с той или иной перспективой. Но если в каждом случае вместо подобных рубрик прибегать к перечислению элементов, будет еще хуже. Это, например, совершенно очевидно по отношению к термину «доктринальный скептицизм». Данное понятие подвергается тщательному описанию как в реконструкции теории Тропера, так и в части, посвященной непреодолимым трудностям. «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 некоего варианта, объективно заложенного в тексте, и поэтому здесь не может быть речи об аналитическом толковании».³ Поэтому в моей критической статье вовсе не поднимался вопрос «скептицизма по отношению к доктрине» — речь шла о тезисе непознаваемости и невозможности описания определенных объектов с помощью определенных методов.

2) Объект ответа

Мишель Тропер напрямую переходит к разбору тех трудностей, которые я считаю непреодолимыми. Эту дискуссию Тропер предваряет напоминанием положений его собственной позиции путем указания на десяток ее ключевых положений. Он также выдвигает идею классификации высказываний, связанных с общими и абстрактными нормами. Однако такой подход вызывает большое сожаление в той степени, в которой автор не обращает никакого внимания на мой труд по реконфигурации его теории для того, чтобы обозначить те непоследовательные положения, которые изначально делают бесполезной реалистическую теорию толкования. Иными словами, вместо предварительного обсуждения моих попыток прояснить ситуацию Мишель Тропер вновь воспроизводит свои формулировки и изначальные тезисы с тем, чтобы опровергнуть результаты моего аналитического исследования реалистической теории толкования. Но он игнорирует то, что я реконфигурировал его теорию, чтобы

² *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 336.*

³ *Pfersmann O. Contre néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation // Revue française de droit constitutionnelle. 2002. N 50. P. 322.*

избежать непоследовательности и путаницы, связанных с его первоначальными формулировками. Поэтому невозможно понять, в какой степени Мишель Тропер принимает или отвергает критику, сформулированную в третьей части моего текста. Трудно найти следы его ответа, поскольку изложение непреодолимых трудностей предполагает, что дискуссия о них ведется в рамках той теории, которая была реконфигурирована мною. Мишель Тропер отвечает на аргументы, выдвинутые в этой части моей работы, как если бы они касались тезисов его собственной версии реалистической теории толкования, представленной во введении к его «Ответу». Но это означает приписывание мне тех мнений, которые я никогда не высказывал; иными словами, это ошибка предвосхищения основания. Поэтому представляется целесообразным вспомнить о тех ремарках, которые были сделаны мною, особенно в третьей части моей критической статьи, в особенности применительно к вопросу «определения», который будет рассмотрен в заключительной части настоящей работы. И я прошу читателя вновь перечитать мои ремарки.

В принципе, отвечая здесь Мишелю Троперу, я по возможности буду избегать использования тех данных, напоминание о которых не вызвано особой необходимостью. Даже если такое ограничение, по моему мнению, будет в ущерб дискуссии, я постараюсь сконцентрироваться только на аргументах, изложенных в «Ответе» Тропера.

3) Недоразумения

Спор о полезности той или иной теории может вестись двумя способами: либо путем установления связи между критикуемой концепцией и определенной целью для того, чтобы продемонстрировать, что данная концепция не достигает такой цели, либо путем установления цели, изложенной в исследуемой концепции, и способов, которыми эта концепция предполагает достижение данной цели. Первая модель является образцом внешней, а вторая — внутренней (имманентной) критики.

Внешняя критика может быть поучительной и важной, но только в глазах тех, кто принимает совокупность положений, касающихся легитимной цели изучаемой теории. Такая критика вполне может оставить совершенно безучастными (так оно обычно и бывает) тех, кто не разделяет подобные взгляды. А в число таких безучастных лиц, как правило, входят те, кто располагается в лагере критикуемой теории. Ничто не принуждает сторонников критикуемой концепции заниматься разбором предлагаемых изменений, поскольку они могут никак не откликаться на призывы, бросаемые их критиками.

Фундаментальность различия между этими двумя подходами заключается в том, что во втором случае совсем не обязательно формулировать свою позицию (под каким бы то ни было лозунгом) по поводу тех причин, по которым критик считает неадекватной разбираемую им теорию. Напротив, важно тщательно исследовать, насколько изучаемая теория формально последовательна и позволяет ли она согласно ее собственным положениям сделать то, что она обещает.

Отсюда попросту следует, что достаточно провести различие между теорией и ее автором. Разумеется, теория создается одним или многими лицами, но

то, что делают эти лица индивидуально, не относится к содержанию теории. Авторы всегда вольны вернуться к своей теории, изменить или дополнить ее. С одной стороны, это может сделать любой, а с другой — такие действия ведут к созданию новой теории. Вполне возможно, что новая теория избежит внешних или внутренних недостатков старой теории, но она может добавить и новых трудностей. Поэтому следует изучать все эти различные концепции по отдельности.

Говоря об «Ответе» Мишеля Тропера, можно констатировать непонимание этих методологических посылок моего подхода. Так, меня объявляют «нормативистом». Это было бы вполне допустимо, если бы я хотел противопоставить реалистической теории толкования нормативистскую концепцию права. Разумеется, я не отрицаю, что та теоретическая перспектива, которую я защищаю в своих работах, вполне может быть обозначена именно так, но предпринятая мною критика реалистической теории толкования не ведется с нормативистских позиций, как бы мы ни понимали нормативизм. Вопрос заключается в том, является ли реалистическая теория толкования приемлемой исходя из ее собственных предпосылок, и речь совершенно не идет о том, удовлетворяет ли данная теория тем или иным критериям той или иной версии нормативизма. В последнем аспекте можно очень легко ответить, что, с точки зрения самой реалистической теории толкования, она не является нормативистской. Соответственно, с моей стороны было бы неправильно и непоследовательно включать в критику внутренних посылок реалистической теории толкования те или иные нормативистские тезисы, которые не выдвигаются самой разбираемой теорией. При этом неважно, делается ли такое включение эксплицитно или имплицитно, изначально или в процессе аргументации. Такой подход приемлем, если реалистическая теория допускает эти послылки напрямую либо же они логически вытекают из ее конститутивных элементов. Но если не доказано, что ошибки разбираемой теории связаны с нормативистскими послылками, то споры о «нормативности» не имеют ни малейшего доказательственного значения.

То же самое недоразумение возникает, например, когда Мишель Тропер упрекает меня в том, что «я недостаточно занят обсуждением центрального вопроса о том, является ли функцией воли деятельность по толкованию текстов».⁴ Действительно, реалистическая теория толкования утверждает, что то, что она называет «толкованием», является функцией воли. В этом плане для меня было совершенно неуместно обсуждать вопрос, насколько правильно такое утверждение; мне лишь следовало принять данное утверждение в качестве одного из элементов реалистической теории толкования и исследовать, является ли последовательной и эпистемологически ценной та теория, которая строится при помощи данного утверждения.

Если я действительно допускаю, что одна из посылок реалистической теории толкования состоит в том, что «толкование есть акт воли (а не акт познания) — волюнтаризм в толковании»,⁵ то вопрос здесь (как и в том, что касается других элементов разбираемой теории) заключается в понимании того, что означает

⁴ *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 340.*

⁵ *Pfersmann O. Contre néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. P. 290.*

данное положение в его контексте и как можно сконструировать теорию при помощи такого элемента.

4) Место теории понуждения

Далее мне в упрек ставится, что я не принимаю во внимание развитие идей реалистической теории толкования и, в частности, хочу искусственно отделить эту теорию от теории актов аргументативного понуждения, «которая пытается ответить на некоторые возражения против реалистической теории толкования и является ее продолжением».⁶ Данный аргумент неприемлем по нескольким причинам.

Если теория В является развитием теории А, то предполагается, что теория А действует без помощи теории В. Поэтому вполне можно заниматься изучением теории А как таковой.

Если теория актов аргументативного понуждения призвана ответить на некоторые возражения, выдвинутые против реалистической теории толкования, то это с очевидностью предполагает, что можно выдвигать возражения против самой реалистической теории толкования, а также то, что теория актов аргументативного понуждения привносит некие независимые элементы, которые обосновывают проблемные элементы реалистической теории толкования так, что последняя становится «реалистической теорией толкования — 2». В действительности же теория актов аргументативного понуждения представляет собой теорию, которая говорит нам о том, как принимающие решения лица обосновывают свой выбор, и о том, каковы причины их выбора с точки зрения процесса нормотворчества. «Понуждение» существует там, где есть определенные цели и где только определенные действия могут привести к достижению этих целей, при условии что только эти действия были реализованы и именно с таким намерением. Какими бы ни были причины для принятия такой теории, она совершенно ничего не говорит о природе «толкования права», т. е. об объекте реалистической теории толкования.

Абсолютно очевидно, что в случае принятия реалистической теории толкования в качестве последовательной и эпистемологически ценной теория актов аргументативного понуждения может рассматриваться как удачное дополнение и продолжение первой теории. Ведь если реалистическая теория толкования является последовательной и обладает эпистемологической ценностью, то она позволяет понять, почему органы аутентичного толкования (в смысле этой теории) действуют так, как они действуют. Тогда как теория актов аргументативного понуждения оставляет этот вопрос совершенно открытым. Но вопрос о причинах выбора каких-либо дополнений к разбираемой теории здесь для нас не имеет никакого значения, поскольку этот вопрос уже предполагает правильность того, что реалистическая теория толкования говорит по поводу «толкования права», т. е. по поводу тех актов, природу которых нам как раз и необходимо выяснить.

Отличным примером этого служит резюме, которым Мишель Тропер подытоживает свою научную конструкцию. Понуждение имеет место только в том

⁶ Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 340.

случае, если верен последний тезис Тропера,⁷ даже независимо от того, способны ли эти акты понуждения преодолеть трудности, связанные с иными элементами реалистической теории толкования как теории «толкования права».

Впрочем, те аргументы, которые призваны обосновать теорию актов аргументативного понуждения, уже были предметом критики с моей стороны, особенно в одной из моих работ.⁸ Если бы эти две теории были неразрывно связаны, то тогда нужно было бы разбирать и мои аргументы против теории актов аргументативного понуждения.

Вопреки утверждению, согласно которому знание этой теории необходимо для осознания значения реалистической теории толкования, сам Мишель Тропер в своем «Ответе» никак не обращается к этой дополнительной теории, ограничиваясь пересмотром самой реалистической теории толкования в новой версии, предложенной в «Ответе».

Дополнительно можно отметить, что согласно «Ответу» Мишеля Тропера теория актов аргументативного понуждения позволяет продемонстрировать то понуждение, которое ведет к созданию высказываний, «имеющих в качестве своей задачи истолкование других высказываний», т. е. дает начало «существованию норм».⁹ А это предполагает, что и без помощи теории актов аргументативного понуждения ясно, как устанавливать соответствующие высказывания и, следовательно, нормы. Но ведь именно о таком установлении и идет спор.

5) Адекватность теории и философский контекст

Если верно то, что, как напоминает Мишель Тропер, ценность теории не зависит от ее соответствия философской теории, а от ее адекватности той сфере, которую она пытается объяснить, то следует отметить следующее: теория права как теория, имеющая своим объектом «право» (онтология) и способы доступа к познанию (эпистемология), сама по себе является философской. В качестве таковой она вписывается в более широкий проект и контекст, которыми она не может пренебрегать. Вместе с тем моим принципом было не обращаться при критике к иным философским теориям, кроме тех, на которые опирается сама реалистическая теория толкования. В особенности это касается аналитической философии языка, а также эмпиризма (даже если сама разбираемая теория не говорит нам, что конкретно она понимает под эмпиризмом).

Реалистическая теория толкования представляется фактически как эмпирическая теория — нам неоднократно напоминают, что нормы устанавливаются как акты толкования «только в силу производимых ими эффектов, т. е. исключительно за счет их эмпирических свойств».¹⁰ В качестве философской теории

⁷ Ibid. P. 337.

⁸ «*Critique de la théorie des contraintes juridiques*» («Критика теории актов юридического понуждения»). Эта работа должна быть опубликована в сборнике материалов международного colloquium по вопросам актов юридического принуждения, состоявшегося в октябре 2000 г. в Париже [Эта работа вышла в свет уже после публикации настоящей статьи: Pfersmann O. Critique de la théorie des contraintes juridiques // *Théorie des contraintes juridiques* / dir. M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzcyk. Paris, 2005. P. 123–142. — Прим. пер.].

⁹ Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 340.

¹⁰ Ibid. P. 347.

эмпиризм, допускающий только знания, полученные опытным путем, должен продемонстрировать возможность такого знания. Наибольшие трудности последовательный эмпиризм встречает в связи с вопросом о зависимости любого эмпирического проекта от теоретических данных. Методология любой научной дисциплины, вписывающейся в проект эмпиризма, должна выработать элементы, позволяющие установить и правильно описать объектную область. В этом отношении реалистическая теория толкования хранит полное молчание. Разумеется, она утверждает, что ее объекты и критерии их установления являются эмпирическими. Но при этом разбираемая теория не говорит, какова ее методология. Реалистическая теория толкования дает лишь несколько поверхностных примеров, по которым, к сожалению, совершенно невозможно понять, в чем же заключаются результаты эмпирических исследований. Ведь здесь, напротив, речь идет о данных, установленных согласно более традиционным методам доктрины (или догматики), — о конституционных или законодательных текстах, о текстах судебных решений. Единственное отличие от классического подхода заключается в двойном утверждении. С одной стороны, судебные решения не обязательно должны быть предопределены в своем юридическом содержании, но при этом всегда юридически действительны. С другой стороны, высказывания реалистической теории толкования (в отличие от ненаучного характера доктринальных высказываний) имеют научную ценность, по меньшей мере являясь критерием верификации. Доказательство такого тезиса не может состоять просто в утверждении, что определенные явления суть эмпирические или что они производят некий эффект. Ведь именно это должна эмпирически доказать теория, если она точна и адекватна своему объекту, применительно к каждому из явлений, которые эта теория считает относящимися к своей предметной области. Впрочем, это и делается в эмпирических науках.

Очевидно, можно допустить, что реалистическая теория толкования предполагает лишь проект некой эмпирической науки будущего, появления которой нужно ждать в ходе прогрессивного развития научного знания. Но разбираемая теория исходит из совсем иных посылок. Образ науки в ней дается как окончательный, а приводимые этой теорией примеры выступают в качестве иллюстраций, а иногда в качестве доказательств избранного подхода. Нельзя отрицать, что здесь речь идет именно о фактических объектах, но трудно признать, что выбранные в качестве доказательств случаи были установлены, подобраны и проанализированы при помощи методов эмпирических наук.

Не меньшие трудности встречаются и в лингвистическом аспекте данного реалистического проекта. Согласно Мишелю Троперу, речь идет о том, чтобы эмпирически установить «определенность значения», а не само значение, поскольку «значения не существует». Смысл этого утверждения едва ли понятен, и далее мы вернемся к этому вопросу. В любом случае здесь мы видим вопиющее противоречие с деятельностью лингвистов, которые занимаются эмпирической наукой, для которой значение выступает в качестве доступного наблюдению объекта. Возможно, что значения действительно не существует, но как тогда сама реалистическая теория толкования смогла эмпирически прийти к этому общему выводу, который предполагает наличие полного индуктивного заключения?

Реалистическая теория толкования, равно как и любая другая теория, не может освободиться от фактических сдержек, которые на нее налагаются ее

же собственными философскими амбициями, и быть эмпирической теорией, способной на языковой анализ. По отношению к этой абстрактной программе конкретная разбираемая нами теория остается туманной и немногословной.

II. Семантический вопрос

Защитник реалистической теории толкования должен защищать научный характер данного подхода и строго ограничивать этот подход от доктринального. Такому защитнику придется доказать, что его высказывания относятся именно к «актам толкования», что эти акты строго дескриптивны (или, по словам Мишель Тропера, индикативны) и что они обладают научной ценностью. Объектами такого анализа будут высказывания, обладающие определенными свойствами. Но в то же время можно допустить, что предметная область этой теории касается вопросов значения, ведь доктринальное толкование как раз и состоит в установлении того, что некое высказывание имеет некое значение, а такое толкование по своей природе согласно реалистической концепции является или способом прескриптивного обоснования, или воспроизведением аргументации судьи. Тем самым Мишель Тропер вводит различие между актами придания значения как объектом эмпирической науки, с одной стороны, и познанием норм и значений, невозможным с точки зрения объективных научных методов, — с другой.¹¹

Однако таким способом нельзя ни создать научную дисциплину, занимающуюся прескриптивными высказываниями правоприменительных органов (1), ни продемонстрировать, что такая научная дисциплина свободна от необходимости принимать во внимание семантические критерии (2).

1. Классификация высказываний

Перед тем как перейти к обсуждению моих основных возражений, Мишель Тропер релятивизирует классификацию высказываний. В свою очередь данная классификация напоминает о следующих моментах: 1) отношение между наукой и доктриной; 2) вопрос о степени дифференциации и о возможности определения принадлежности высказываний к тому или иному классу; 3) критерий установления высказываний.

1.1. Отношение между наукой и доктриной

Мишель Тропер отмечает, что те высказывания, которые относятся к категории общих и абстрактных норм, а также высказывания из области доктрины и «науки о праве» (в смысле реалистической теории толкования) относятся к разным классам и что моя позиция заключается в «маскировке» данного различия. Однако данное различие имеет фундаментальное значение для проекта реалистической теории толкования — создания науки о праве, которая будет противостоять юридической доктрине.

¹¹ Ibid. (тезис «f»).

Фундаментальное значение данного различия для разбираемой теории было отмечено уже на первых страницах моего текста,¹² вместе с тем данное возражение не может быть признано удовлетворительным и по иным основаниям. Мишель Тропер правильно подчеркивает в своем «Ответе», что общие и абстрактные нормы являются предметом анализа для различных дискурсов, но метод их анализа не совпадает. Однако этот факт никоим образом не оспаривается в моей работе. Проблема заключается в способе установления классификации этих дискурсов с точки зрения потребностей реалистической теории толкования, а также в нахождении тех онтологических посылок, на которых зиждется такая классификация.

Данное утверждение имплицитно основывается на тезисе о том, что единственно правильный способ вести научные рассуждения о праве — это «высказывать индикативные пропозиции касательно существования норм» (в смысле реалистической теории толкования). Такие высказывания и будут в действительности формировать «эмпирическую» науку. Все же другие дескриптивные рассуждения о «праве», если они не укладываются в рамки данного проекта, не только лишаются научного характера, но и могут преследовать лишь прескриптивную цель. Речь здесь идет не о простой объективной классификации способов рассуждения, а о том тезисе, который реалистическая теория толкования еще должна доказать (если следовать внутренней логике развития этой теории).

Действительно, может оказаться, что избранный реалистической теорией толкования путь не позволяет говорить об ее объектах на созданном ею абстрактном метаязыке, что разбираемая теория вообще не образует эмпирической научной дисциплины и что, следуя другим способам рассуждения, вполне можно познать объекты с помощью таких методов, которые могут быть охарактеризованы как «научные». Поэтому нашей целью никак не является маскировка одного из центральных тезисов реалистической теории толкования; мы хотим лишь изучить обоснование, избранное этой теорией для данной цели.

1.2. Дифференциация и возможность категоризации

Кажется, Мишель Тропер допускает, что относящиеся к общим нормам высказывания являются прескриптивными высказываниями, с помощью которых создаются нормы. Такие высказывания можно найти в решениях высших судебных инстанций (допустим в развитие нашей дискуссии, что мы можем установить эти акты с помощью реалистической теории толкования). Это означает, что нет никакой разницы между мотивами принятия решения и самим решением. Но зачем нужны такие рассуждения, если текст решения указывает, что нормативным характером обладает только то высказывание, согласно которому аннулируется некое законодательное положение? А остальные элементы

¹² «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» (Pfersmann O. Contre néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. P. 280).

текста решения являются не чем иным, как изложением причин, которые привели данную судебную инстанцию именно к этому, а не к другому результату! Полное приравнение текста судебного решения к акту нормотворчества потребовало бы такой квалификации его элементов, которая напрямую опровергается самим текстом. Возможно, такой анализ данных и был бы правильным, но и тогда непонятно, какие элементы реалистической теории толкования позволяют обосновать бесспорный тезис о том, что только судебные решения «производят эффект в правовом порядке». К сожалению, разбираемая теория нигде не говорит нам, как она проводит эмпирическое исследование таких данных. Ведь тогда для каждого элемента мотивации потребовалось бы проверить соответствие между ясно выраженной в высказывании гипотезой и фактами, устанавливаемыми с помощью методов эмпирических наук. И здесь мы абсолютно ничего не узнаем об эмпирическом методе проведения такого текста и о том, как верифицируются гипотезы. Нельзя найти ни одного практического примера, где была бы применена некая связанная с эмпирическими науками процедура. Как будет продемонстрировано далее, все то, что связано с эмпирической фактичностью, остается непостижимым.

Однако здесь есть и другая трудность. Поскольку мотивы должны в своей совокупности рассматриваться как нормативные, даже если грамматическая форма их выражения была бы дескриптивной, тогда любое дескриптивное высказывание данной категории должно быть преобразовано (наукой о праве — как ее понимает реалистическая теория толкования) в нормативное высказывание. Но совершенно непонятно, что все это означает. Возможно, речь идет об эпистемической норме (устанавливающей объект правильного верования) или о норме, прямым референтом которой будет определенная совокупность поведенческих актов.

Если, например, конституционный суд в некоем государстве устанавливает: «Принимая во внимание то, что конституция вступила в силу с определенной даты, что она содержит в себе положение *H*, говорящее о том, что...», то стоит ли давать этому высказыванию новое прочтение: «...обязательно считать, что конституция вступила в силу и что она содержит в себе положение, согласно которому обязательно, что...» или же «обязательно согласовывать свое поведение с конституцией, начиная с определенной даты и особенно соблюдать положение *H*...»?

Если соглашаться с тем, что реалистическая теория толкования строго эмпирична, то она обязана предложить нам эмпирические тесты, позволяющие решать такие вопросы. Но перед этим данная теория должна объяснить, как она приходит к установлению той системы высказываний, которую она рассматривает в качестве относящейся к праву.

1.3. Критерий установления

Когда Мишель Тропер поднимает вопрос о классификации типов рассуждений, имплицитно в качестве критерия разделения различных высказываний, связанных с разными категориями общих норм, он учитывает, кто является создателем того или иного высказывания. Так, есть высказывания, исходящие от «правоприменительных органов»; эти высказывания прескриптивны и устанавливают нормы, они могут быть описаны наукой о праве. Если же высказывания

исходят от юристов-практиков, то они прескриптивны, хотя и не устанавливают норм; такие высказывания не являются объектом науки о праве, а относятся к категории доктринальных рассуждений. Если высказывания исходят от «профессоров», то они являются индикативными, могут быть истинными или ложными, могут обладать научной ценностью.

Данный критерий проблематичен. Здесь классификация представляется так, как если бы для определения природы высказывания нам было достаточно знать, кто его создатель. Если подход рассматриваемой теории, как она сама утверждает, является строго эмпирическим, то она не может в то же время утверждать, что исходящие от определенных органов высказывания формулируют нормы, ведь, как напоминает нам Мишель Тропер, вопрос о том, с каким органом мы имеем дело, есть исключительно вопрос факта.¹³ Таким образом, мы приходим к выводу, совершенно противоположному предложенной Тропером классификации. Нормативной ценностью обладают именно те высказывания, которые обозначают своих создателей в качестве «органов» или «властных органов», а не наоборот. Это может быть проверено через эмпирический тест. Нам нужен такой тест, который позволил бы установить те высказывания, которые действительно обладают нормативной ценностью, и отделить их от высказываний, такой ценности не имеющих. Защитник реалистической теории толкования скажет, что это можно установить через эффект, производимый рассматриваемыми высказываниями в правовом порядке. Но тем самым вопрос лишь помещается в другую плоскость, поскольку тогда нам необходимо знать, что означает «производить эффект в правовом порядке», особенно если предполагается, что правовой порядок совершенно ничем не отличается от фактического расклада сил. Если же мы будем вспоминать о специфике тех высказываний, которые связаны с «определением значения других высказываний», то окажемся в порочном круге, поскольку нашей задачей как раз и является нахождение эмпирически верифицируемого критерия специфики данных высказываний.

Что же означает формула «высказывания, созданные практиками»? Действительно ли нам достаточно знать, что X является практикующим юристом, чтобы без обиняков утверждать, что его высказывание о значении некоего конституционного положения будет «лишено научной ценности»? И можем ли мы утверждать, что такое высказывание «не могло быть создано без оценочного суждения» и что оно имеет «прескриптивную функцию», направленную на то, чтобы «рекомендовать суду принять определенное решение»? При таком раскладе не может быть речи об эмпирической концепции, поскольку данная гипотеза, по-видимому, не верифицируема. Требуется либо тест, позволяющий сказать, что вышеприведенное высказывание действительно принадлежит к означенной категории, либо иной тест, позволяющий определить категорию самого высказывания, тогда можно договориться понимать под «практиками» авторов этого высказывания. Однако здесь требуется, чтобы с помощью этого теста можно было разнести по категориям и другие поведенческие акты, которые обладают всеми релевантными свойствами (действительно имеет место ценностное суждение; оно таким образом определяет высказывание, что

¹³ Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 343.

последнее лишено какой-либо научной ценности; поведенческие акты «образованы путем аргументации с использованием методов юридической доктрины»). Но и здесь у нас нет никаких указаний, позволяющих заняться соответствующими исследованиями.

Вместе с тем означенная выше категория также проблематична, хотя и по другой причине. Допустим вслед за Мишелем Тропером, что высказывания юристов-практиков направлены на то, чтобы склонить суды в пользу определенного решения дела. По какой причине такие высказывания не могут быть истинными или ложными? Ничто не позволяет сделать такой вывод, поскольку нет никакой концептуальной связи между преследуемой при аргументации целью (желание убедить) и модальностью высказывания (возможность или невозможность верификации). Речь здесь может идти только об эмпирическом вопросе: вполне возможно, что Цицерон убеждает судей более не терпеть действия Катилины, но также вполне возможно и то, что Цицерон просто приводит определенные факты, которые он встраивает в канву своей увещательной речи, и напоминает содержание уголовного закона. Если мы априорно не приняли тезис реалистической теории толкования (о том, что рассуждения «юриста-практика» всегда по своей природе прескриптивны), то с помощью какой эмпирической процедуры данная теория могла бы привести к данному результату? Иными словами, как можно прийти к доказательству того, что индикативные высказывания юриста-практика о состоянии юридических норм не являются индикативными, но имеют увещательный характер?

Те же самые проблемы возникают с «профессорскими» высказываниями, которые индикативны, могут быть верифицированы и, возможно, также имеют научный характер. Установить, кто является «профессором», можно, предварительно и эмпирически установив высказывания, имеющие индикативный и вероятно научный характер.¹⁴

Защитник реалистической теории толкования может сослаться на то, что он попросту предлагает классификацию высказываний, касающихся общих и абстрактных юридических норм, и что при этом он не выдвигает гипотезы, которая может быть проверена и эмпирически верифицирована. Но этот аргумент неприемлем, поскольку основан именно на доказательстве того, что только высказывания, «касающиеся существования норм, т. е. воспроизводства высказываний, предметом которых является истолкование других высказываний», имеют научный, т. е. эмпирический характер. Все же другие высказывания, касающиеся юридических норм, изначально неспособны быть истинными или ложными (и, стало быть, научными), хотя по отношению к ним допускается возможность классификации. Иными словами, речь не идет просто о повторении наборов свойств и об их четкой классификации, поскольку вопрос именно в том, действительно ли свойства различаются между собой по предложенной схеме. Возможно, предложенный вариант концептуализации не имеет никакого объекта, либо такой объект может быть замаскирован под эмпирическую теорию, догматическое или метафизическое утверждение. Наконец, даже если мы допускаем правильность схемы классификации, это еще ничего не говорит о том методе, который позволяет установить объекты, принадлежащие к каждому из

¹⁴ При этом вполне возможно, что «профессоров» или вовсе нет, или их очень мало.

выделяемых классов. Чтобы упростить ситуацию, можно предположить, что наличие прескриптивных (обязательно, разрешено, запрещено) или увещательных (желательно) операторов делает на первый взгляд вероятным то, что при их использовании нужно прибегать к прескриптивным или увещательным высказываниям. Но если мы допускаем, что имеющие дескриптивную форму высказывания, в которых отсутствует прескриптивный оператор, тем не менее относятся к категории прескриптивных или увещательных высказываний, то эмпирический тест правильности установления категорий оказывается невозможным.

Если вынести за скобки все эти трудности и если принять позицию «реалистической теории толкования — 2», то и тогда можно защищать только имплицитный тезис о том, что сама эта теория способна раскрывать значение высказываний, исходящих от разных категорий лиц. Такие высказывания, если следовать логике рассуждений Мишеля Тропера, являются объективными данностями, а реалистически настроенный теоретик имеет в своем распоряжении инструментарий, позволяющий воссоздать эти данности в их первоначальном виде. Речь идет о познавательной операции, объектом которой является совокупность высказываний, касающихся общих и абстрактных норм. Эта совокупность подразделяется, как минимум, на три раздела: а) высказывания, «выражающие решение и устанавливающие норму»; б) увещательные высказывания, связанные с правовой доктриной; в) индикативные высказывания, поддающиеся верификации и вероятностно научные.

Такой результат оказывается бедственным для той аргументации, которую развивает Мишель Тропер с тем, чтобы продемонстрировать, что он не обращается к когнитивным операциям, связанным со значением высказываний, выражаемых через «акты аутентичного толкования».

2. Анализ речевых актов

Из дискуссии о типологии высказываний, предложенной в «Ответе», следует, что Мишель Тропер допускает, что существуют не только высказывания, формулирующие общие и абстрактные нормы, но и высказывания, для которых первые высказывания выступают в качестве объекта (они «описывают высказывания первого типа»). При этом некоторые из данных высказываний могут быть истинными или ложными и тем самым представлять научную ценность. Описывать одно высказывание при помощи другого равнозначно описанию значения этого первого высказывания. Анализировать значение некоего высказывания равнозначно выполнению семантической операции, т. е. равнозначно лингвистической теории значения. Но когда разговор заходит о том, чтобы прямо принять данный вывод, Мишель Тропер решительно от него отрекается.

2.1. Понятия «толкования»

В работе «Против неореализма» я предложил называть «аналитическим толкованием» такую операцию, которая не изменяет объект, а направлена на то, чтобы получить точное знание 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, и на те, в которых оно определено».¹⁵ Очевидно, что сам по себе выбранный мною термин, который легко можно заменить на другой адекватный термин, — не самый принципиальный вопрос. Но и этот вопрос здесь не лишен значения, поскольку, с одной стороны, использование термина «толкование» легко ведет к путанице, а с другой — Мишель Тропер утверждает, что он вообще не пользуется тем, что я называю «аналитическим толкованием», что такое толкование вообще невозможно и что оно не имеет семантической природы.

Термин «толкование» ведет к путанице, поскольку он указывает (в реалистической теории толкования и в современном юридическом и философском словоупотреблении) на совершенно разные операции: (1) на создание нормы через решение, имеющее в качестве своего объекта «определение» значения некоего текста, и 2) на познавательную операцию, направленную на раскрытие значения данного текста. Разумеется, реалистическая теория толкования рассматривает себя только в качестве теории «толкования права». Но эта теория принимает во внимание лишь «толкование» в смысле первой операции, хотя не только многие юристы, но и значительная часть теории права рассматривает в качестве «толкования права» именно вторую операцию. Кроме того, путаница может произойти по той причине, что эти две операции совершенно разнородны, тогда как один из амбициозных тезисов реалистической теории толкования состоит в том, что толкование остается мыслительной операцией и поэтому не лишено познавательной ценности.

2.2. Эмпирический критерий

Мои возражения против реалистической теории толкования состояли в том, что, основываясь на своих предпосылках, она вынуждена прибегнуть к аналитическому толкованию в целях установления своего объекта, т. е. актов аутентичного толкования. Это непосредственно следует из того факта, что разбираемая теория предлагает анализировать значение текстов, рассматриваемых в качестве выражения актов аутентичного толкования. Такое предложение опять-таки напрямую основано на типологии высказываний, развитой Мишелем Тропером в его «Ответе». Однако выдвигать положение о возможности индикативного и верифицируемого изучения высказываний, касающихся значения других высказываний, но при этом не заниматься изучением значения этих последних будет терминологической ошибкой. Вместе с тем Мишель Тропер утверждает, что установить акт аутентичного толкования можно по некоему «эмпирическому» критерию, не имеющему семантической природы, и поэтому реалистическая теория толкования нацелена не на познание значения, а лишь на «определение значения». Сначала Мишель Тропер принимает тезис о том, что его теория зиждется на возможности аналитического толкования, при этом подмечая, что используемый мною термин «толкование» используется «в слишком широком смысле, значительно отличающемся от того, который ему придает реалистическая теория толкования, и даже от того смысла, который ему

¹⁵ Pfersmann O. Contre néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation. P. 320.

придается в обыденном словообороте».¹⁶ Но это означает перенос концептуальной проблемы на уровень проблемы терминологической. Возможно, что предлагаемый мною смысл термина не является тем же, в котором его использует разбираемая теория, когда рассуждает о толковании. Однако именно по этой причине я эксплицитно ввел определение «аналитического толкования». Если Мишель Тропер берет этот термин и обсуждает мои аргументы, то он не может опираться при этом на тот факт, что он использует данный термин иначе, чем я, либо же что в другом научном сообществе этот термин понимается по-иному.¹⁷ Факт терминологических различий ни в коем случае не может служить доказательством того, что операция установления высказываний, с помощью которых выражаются акты аутентичного толкования, не является когнитивной. Объектом этой операции является значение высказывания (а его объектом являются в свою очередь другие высказывания), поскольку именно так Мишель Тропер определяет мысленные операции, проводимые реалистической теорией толкования.

Следующий аргумент основывается на том факте, что наряду с высказываниями, связанными с аутентичным или аналитическим толкованием, существуют иные высказывания. Реалистическая теория толкования исходит из «предположения, что данный объект имеет такое-то свойство или принадлежит к такому-то классу...», но это не имеет «никакого отношения к толкованию».¹⁸ Точнее, нам говорят, что суждение, согласно которому некие высказывания являются нормативными, а не индикативными, «не зависит ни от лингвистической формы высказываний, ни от их содержания».¹⁹

В доказательство этого нового тезиса проводятся два примера: с одной стороны, «согласно французскому праву принятый голосованием парламента акт обладает природой закона и поэтому имеет свойство нормативности»,²⁰ а с другой — факт того, что судья принимает решение о том, что такой-то текст обладает природой нормы, может быть истинным или ложным, но это «не случай толкования [в употребляемом мною строгом смысле. — О. П.], которое обязательно является прескриптивным».²¹ Такое рассуждение трудно понять, поскольку если вопрос заключается в том, связаны ли эти судебные решения с аналитическим толкованием, то очевидно нужно исключить, что они являются актами аутентичного толкования в том смысле, в котором реалистическая теория толкования использует этот термин. Но никто этого и не утверждал, и поэтому проблема заключается совсем не в этом.

Далее следует самый удивительный аргумент цепи доказательств.²² Решения определяются как нормы не «по семантическому критерию, а только

¹⁶ *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 345.*

¹⁷ *Ibid. P. 346.* — Мишель Тропер говорит о «решениях, которые обычно называются актами толкования».

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Мы не останавливаемся на идее Мишеля Топера, согласно которой кто-то когда-то утверждал, что реалистическая теория толкования направлена на защиту тезиса о том,

в силу производимого ими эффекта, т. е. исключительно по их эмпирическим свойствам».²³ Напомним еще раз, что это напрямую противоречит тезису о классификации высказываний, согласно которому «профессора» создают индикативные высказывания, которыми «описывают высказывания первого типа [т. е. исходящие от органов правоприменения. — О. П.]».²⁴ Допустим, что реалистическая теория толкования устанавливает судебные решения согласно производимому ими эффекту, как утверждает Мишель Тропер. Это, очевидно, означает, что данная теория устанавливает именно судебные решения и что анализируемый эмпирический эффект связан с решениями. Рассматриваемые эмпирические факты, стало быть, связаны с данным судебным решением; они эмпирически значимы, поскольку отсылают нас к свойствам аутентичного толкования. Судебное решение проявляется в форме высказываний. Иными словами, мы можем установить значение соответствующих высказываний по той причине, что мы можем установить некое решение по производимому им эффекту. Как же можно знать, какие факты нужно будет наблюдать, если мы не знаем, какую норму следует раскрыть с помощью этих эмпирических данных через ее фактическую обязательность?²⁵ Если Мишель Тропер квалифицирует акт, за который голосует парламент, в качестве «закона по французскому праву» или же дает квалификацию акту Конституционного совета, то он вовсе не занимается изучением фактов, а прямо указывает на «акт», который облечен в форму высказываний, из которых Тропер выбирает кажушиеся ему наиболее интересными.

Жаль, что при этом Мишель Тропер не показывает нам, каким конкретным методом он пользуется, изучая «эмпирические свойства». Здесь мы опять встречаемся с основной трудностью реалистической теории толкования — теорией, которая является эмпирической только по названию.

Наконец, Мишель Тропер подвергает сомнению то, что мы можем познать значение, поскольку «объектом познания является не само значение, а лишь акт атрибуции значения».²⁶ Данное утверждение само по себе неожиданно, но предположим на миг вместе с Мишелем Тропером, что «значения не существует».²⁷ Если нет значения, то высказывание «значения не существует» не имеет значения, а вся система рассматриваемой теории рассыпается в мгновение ока. Если же такой результат неприемлем, то нужно отказаться от данной посылки.

Теперь предположим, что нам дана только атрибуция значения. Несомненно, это означает, что благодаря той или иной познавательной операции некоему высказыванию *B* на некий момент времени *t* придается определенное

что «в реальности необходимо вести себя согласно нормам этой теории» [т. е. актам аутентичного толкования. — О. П.] (ibid.). Я такого утверждения нигде не выдвигал, а если и говорил о «специфически нормативной области», то имел в виду действительность норм в рамках некой системы. Далее мы поговорим о том, можно ли установить такие нормы путем отсылки к тому, что некоторые решения фактически претендуют на обязательность.

²³ Ibid. P. 347.

²⁴ Ibid. P. 340.

²⁵ Что, собственно, и представляет собой содержание любой семантической операции, которая от этого не становится менее семантической.

²⁶ Ibid. P. 347.

²⁷ Ibid.

значение, а на другой момент времени $t-1$ этому высказыванию не придается никакого значения. Отсюда следует, что с момента времени t высказывание B обладает значением, которое ему только что было придано. Но тогда у высказывания есть значение и, как кажется, есть способы познать это значение. Однако это противоречит исходной гипотезе. Значит, эта гипотеза ложна.

III. Внелингвистические критерии

Мишель Тропер предлагает сжатое изложение содержания реалистической теории толкования и теории актов аргументативного понуждения в десяти предложениях. Это новое изложение теорий представляет собой событие, природа которого никак не объяснима, но на котором автор строит свою защиту от возражений, выдвинутых против его теории. Согласно положению «b» этой новой теории «правовой порядок» связывает определенный эффект с актами толкования, «которые мы называем аутентичными». Но что представляет собой тот правовой порядок, о котором здесь идет речь, и как возможно связать определенный эффект с определенными актами толкования? Об этом мы ничего не узнаём, но указанное положение исходит из того, что то, что разбираемая теория называет «правовым порядком», существует до актов аутентичного толкования и что именно этот правовой порядок делает эти акты актами аутентичного толкования. Здесь все же нужно сделать выбор: либо акт толкования обретает свойство аутентичности в силу чего-то такого, что ему дается извне, либо же аутентичность для акта толкования представляет исходную данность, не выводимую извне. Если акты аутентичного толкования являются данностями, свойства которых заимствованы извне, то эта характеристика актов возможна либо по фактическим, либо по нормативным основаниям. Второй вариант — то, к чему склоняется «нормативизм», поскольку согласно нормативистской концепции нечто характеризуется как юридическое, только если такое свойство вытекает из того, что на этот момент уже является юридической нормой (или предполагается таковой). В качестве теории, которая претендует на строгий эмпиризм, реалистическая теория толкования, очевидно, не может выбрать такой вариант. Но какие фактические явления обозначаются как «правовой порядок»? Самое простое решение в рамках концептуальной схемы, предложенной реалистической теорией толкования, состоит в сведении правового порядка к «властным отношениям», структурированным согласно существующим «сдержкам». Однако сами сдержки с трудом могут объяснить существование сдержек, ведь тогда определение будет циркулярным, а властные отношения станут объектом социологического исследования. Это в свою очередь потребует применения соответствующих процедур установления из сферы эмпирических наук об обществе, но реалистическая теория толкования не дает никаких уточнений в этом направлении. Правовой порядок остается полностью неопределенным, и весьма трудно понять, о чем же идет речь, когда встает вопрос о том, кто называет «аутентичными» определенные «акты толкования», и в чем состоит «эффект», связанный с такими актами толкования.

Более сложная проблема, связанная с данной конструкцией, — то, что эта конструкция очевидно противоречит основному тезису: органы толкования (а не некий предсуществующий правовой порядок) определяют свою собственную

компетенцию. Из последнего утверждения с необходимостью следует, что правовой порядок является результатом актов толкования, которые реалистическая теория толкования квалифицирует в качестве «аутентичных». Иными словами, правовой порядок есть не что иное, как совокупность таких актов толкования. Итак, обращение к «правовому порядку» оказывается либо загадкой, либо противоречием.

За отсутствием такой конструкции, которая полностью соответствовала бы требованиям разбираемой теории, мы вынуждены обратиться к более или менее правдоподобным гипотезам, чтобы понять оставшуюся часть проекта Мишеля Тропера, выяснить, является ли этот подход последовательным и имел ли он какую-либо экспликативную ценность. Мы последовательно изучим проблемы: 1) установления органа; 2) «нормативных эффектов»; 3) «фактических эффектов».

3.1. Орган в рамках текста

Мишель Тропер отвергает возражение, согласно которому статус органа толкования является важнейшим критерием для определения нормативности и согласно которому такая конструкция является циркулярной.

По его словам, фактически «реалистическая теория толкования защищает противный тезис: аутентичным толкованием является такое толкование, которое обладает юридической силой, т. е. тем, с чем правовой порядок связывает определенный эффект». Таким образом, именно свойство толкования определяет свойство органа. Это свойство может заключаться в том, что мы имеем дело либо с законодательным правилом, либо с актом толкования, который не подлежит дальнейшему обжалованию. Но, в конечном счете, по словам Мишеля Тропера, речь идет о чисто фактическом вопросе.

Не опровергая возражения касательно циркулярности, этот аргумент, наоборот, доказывает правомерность данного возражения, причем сразу по нескольким основаниям.

Предположим вслед за Мишелем Тропером, что именно свойство акта толкования определяет свойство органа толкования. Тогда встает вопрос о том, кто определяет такое качество акта толкования. Здесь возможно несколько разнонаправленных вариантов ответа.

3.1.1. Первый вариант: «правовой порядок» есть то, что «связывает наступление эффекта» с определенным актом толкования. К сожалению, разбираемая теория не говорит нам, что же является правовым порядком (см. выше). Она также ничего не говорит о природе упоминаемого эффекта. Данная теория дает нам только примеры. Речь может идти о законе, который придает силу решения последней инстанции определенным судебным решениям. Кроме того, речь может идти о конституции. Однако если дело обстоит так, то именно тексты определяют свойство органа толкования.²⁸ Данное положение вступает в явное противоречие с основополагающей для реалистической теории толкования идеей: тексты не обладают внутренней определенностью и поэтому не являются формулировками норм.

²⁸ Ibid. P. 343.

Далее появляется раскрытое выше противоречие между данным положением и тезисом, согласно которому именно орган толкования определяет свою собственную компетенцию. Дело обстоит именно так, и об этом нам напоминает Мишель Тропер в положении «е» его новой программы: не только конституция или закон ничего не могут нам сказать по этому поводу; не может дать ответа и сам орган применения (правового текста), который конституирует себя в качестве правоприменительного органа и, следовательно, в качестве органа аутентичного толкования. Поэтому свойство акта толкования не определяет свойство органа толкования, ведь этот акт сам получает характеристику акта толкования, поскольку исходит от органа толкования. Следовательно, мы имеем дело с циркулярностью аргументации.

3.1.2. Мишель Тропер предлагает альтернативное решение проблемы, которое противоречит решению (3.1.1): уже не тексты и не нормы определяют свойство органа толкования, а сами факты и ничего кроме чистых фактов. Здесь мы опять встречаем проблему, связанную с отсутствием эмпирических процедур установления соответствующих фактов. В любом случае речь не может идти о чистых фактах, поскольку единственный критерий установления таких фактов состоит в констатации наличия прескриптивных текстов, которые рассматриваются представителями правовой доктрины в качестве нормативно-правовых. Задача рассматриваемой теории как раз и состоит в том, чтобы уйти от доктринальных рассуждений. Далее, речь не может идти о простой претензии некоего индивида или группы индивидов на статус органов толкования в силу тех или иных норм, поскольку проблема состоит в том, чтобы понять, кто же является органом аутентичного толкования. Нам здесь нужно истинное знание, т. е. знание в силу чистого факта, независимое от того, что по этому поводу могут сказать те или иные индивиды. Единственным предлагаемым имплицитным критерием для того, чтобы показать, почему и как определение свойства акта толкования происходит в силу чистого факта, является упоминание ст. 16, 67–68 Конституции Франции от 4 октября 1958 г.²⁹ При этом Мишель Тропер нигде не упоминает каких-либо исторических или хотя бы гипотетических фактов. Согласно этим положениям Конституции, с одной стороны, президент Республики единолично принимает решение о применении своих особых полномочий, а с другой — Верховный Суд принимает решение о квалификации действий президента в качестве «государственной измены». Речь здесь очевидным образом идет о гипотезах, установленных исключительно на основании текстов. Разумеется, чисто фактическим вопросом является то, примет ли президент Республики решение об использовании полномочий, предоставленных ему ст. 16 Конституции, равно как и то, квалифицирует ли это Верховный Суд в качестве государственной измены. Однако сама такая постановка вопроса предполагает, что нам известно, кто является президентом Республики (в данном случае мы это знаем благодаря тексту Конституции от 4 октября 1958 г.). Вместе с тем отсюда совершенно не следует, что вне данных текстов свойство органа толкования определяется исключительно фактическими свойствами акта толкования.

²⁹ Ibid. P. 343. — Отсылка к ст. 67–68 остается имплицитной.

3.2. «Нормативные эффекты»

В рамках той критики, которую я веду с позиций реалистической теории толкования против этой теории, я попытался продемонстрировать, что данная теория обращается к данностям, существование или экспликативную ценность которых она оспаривает. Так, рассматриваемая теория не может обойтись ни без семантического анализа, ни без нормативных данностей.

Для того чтобы окончательно опровергнуть мои возражения, связанные с отсутствием последовательности и экспликативной ценности в реалистической теории толкования, Мишель Тропер пытается представить дело так, как будто я перепутал утверждение наличия у нормы характеристики обязательности с утверждением существования этой нормы в рамках некой заданной системы (примерно так же, как и он сам перепутал значение с определением значения, эффект акта толкования с эффектом нормы).

Посмотрим. Прежде всего, совершенно очевидно, что утверждение существования некой нормы в рамках некой заданной системы необходимо отличать от утверждения, согласно которому обязательно соотносить свое поведение с требованиями такой нормы. И я никогда не утверждал обратного.³⁰ Более того, я не ставил в упрек реалистической теории толкования то, что она говорит об абсолютной действительности норм.

Вместе с тем Мишель Тропер, по-видимому, думает, что существует различие между «эффектом нормы» и «эффектом акта толкования», так же как существует различие между обязанностью платить налоги под угрозой законного преследования и обязанностью платить налоги по причине наличия некой нормы, изданной сборщиком налогов. Так, эффект аутентичного толкования проявляется в том, что «другие властные органы оказываются обязанными придавать высказыванию то же самое значение, что и орган толкования». В результате «граждане обязаны применять высказывание, придавая ему то же самое значение, что и орган толкования», тогда как «эффект полученной при толковании нормы будет заключаться в том, что некое поведение будет обязательным или запрещенным».

Прежде всего, в этом моменте дискуссии я ставил совсем иную проблему, а именно какое значение придает реалистическая теория толкования выражению «эффект» применительно к норме. При этом нельзя забывать, что со строго эмпирической точки зрения норм не существует, а есть лишь доступные наблюдению поведенческие акты, в качестве значений которых выступает то, что определенное поведение обязательно, разрешено или запрещено. Если согласно предписаниям некой нормативной системы существует норма *H*, которая делает обязательным или запрещенным некое действие *D*, то в качестве метафоры иногда говорят, что эффект такой нормы состоит именно в том, что в рамках существующей нормативной системы норма *H* обязывает к действию *D* или же запрещает это действие. Если согласиться с таким подходом, мы окажемся в ракурсе «нормативистского» анализа права в том смысле, что соответствующая обязанность или разрешение существуют только в рамках данной

³⁰ Ср., напр.: *Pfersmann O.* Pour une typologie modale de classes de validité normative // *La querelle des normes. Hommage à Georg Henrik von Wright* / dir. J.-L. Petit; Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen. 1995. N 27. P. 69–113.

нормативной системы и что существование такой обязанности или разрешения можно установить только благодаря уже заданным элементам этой системы. «Эффект» в данном случае смешивается с «нормативностью» в рамках данной системы, а не просто с некой обязанностью или разрешением (как полагает Росс, в чем его обоснованно упрекает Мишель Тропер). Но такая возможность неприемлема для реалистической теории толкования, поскольку эта теория не может допустить существования норм в рамках нормативной системы (которую мы допустили для иллюстрации наших рассуждений).

Для того чтобы показать, что норма может влечь за собой многие другие эффекты, кроме обязывания, дозволения и запрещения, Тропер проводит границу между «понууждением к тому, чтобы применить некое высказывание» и обязанностью вести себя тем или иным образом. К сожалению, Тропер не говорит нам, что конкретно понимается под «понууждением». Это может означать как «каузальное понуждение», так и «обязывание» (в рамках некой системы или вне таких рамок). Но эти два варианта приводят к новым проблемам.

Если речь идет о первом варианте, то тут вообще трудно говорить о «нормативном эффекте»; если только мы не используем это выражение в метафорическом смысле, который легко может привести к недоразумению. Далее, трудно понять, почему «другие властные органы вынуждены придавать высказыванию то же значение, что и орган толкования».³¹ Для эмпирического подхода может существовать только тот факт, что были изречены некоторые высказывания и что объектом этих высказываний является значение других высказываний. Можно было бы сказать, что «органом аутентичного толкования» называется то лицо, чьим интерпретационным актам следуют другие властные органы. Но из того, что другие органы действительно ведут себя так же, отнюдь не следует, что они «вынуждены» это делать.

Второй вариант более правдоподобен, если мы обратимся к новому изложению тезисов реалистической теории толкования в «Ответе» Мишеля Топера. Согласно этой версии «от текста ожидается, что он имеет значение, которое ему было придано».³² Если следовать этой версии и полагать, что существует также обязанность следовать актам аутентичного толкования, то это еще не доказывает, что соответствующие властные органы действительно следуют этим актам. С точки зрения эмпиризма эти акты могут производить такой эффект, а могут и не производить — данный вопрос совершенно независим от того, что говорит орган толкования. Но опять-таки мы не знаем, почему кто-либо может быть вынужден к чему-либо, поскольку такое знание, согласно Мишелю Троперу, означало бы, что существует некая действительная норма в некой системе и что автором этой нормы является орган аутентичного толкования, а ее адресатами — другие властные органы. Все же непонятно, как это может происходить в предлагаемой реалистической теорией толкования схеме, где не допускается ничего, кроме фактов произнесения неких речевых актов и совершения доступных наблюдению поведенческих актов.

Поэтому Мишель Тропер занимается отнюдь не вопросом о природе того, что он называет «нормативным эффектом», когда он проводит различие между

³¹ *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann. P. 343.*

³² *Ibid. P. 337.*

двумя типами обязывания: принятием акта толкования как аутентичного либо действием согласно тому, к чему понуждает норма, созданная актом аутентичного толкования. Следовательно, мы имеем две нормы. Однако если следовать новой версии реалистической теории толкования, данные нормы неразрывно связаны между собой: «Эти нормы установлены... органами аутентичного толкования».³³ Итак, мы имеем дело с созданием нормы *H-1*, равно как с созданием нормы *H-2*, которую следует принять согласно норме *H-1*, и все это содержится в одном и том же акте толкования. Но речь тут не идет о случайном совпадении. Это легко увидеть. Согласие с толкованием некоего текста означает согласие с тем, что существует определенное обязательство *Op* («обязательно, что *p*»). Если орган толкования создает норму *Op*, то он одновременно создает определенное обязательство, согласно которому следует применить *Op*. Таким образом, норма *Op* является частью более обширной совокупности норм, где одни лица подчинены определенным обязательствам, а другие обязаны соблюдать эти обязательства. Здесь мы встречаемся с классической идеей, согласно которой правовые порядки образованы из условных нормативных систем, где нарушение нормы вызывает обязательство соблюдения такой нормы при помощи более или менее совершенных механизмов наложения санкций.³⁴ Однако из этого следует, что «нормативный эффект» означает лишь создание норм, какой бы ни была процедура.

Мишель Тропер имплицитно добавляет сюда третий элемент: «В обоих случаях нет процедуры, которая позволила бы лишить силы эти акты толкования, равно как и лишить силы те нормы, которые были созданы на основе такого толкования».³⁵ Он иллюстрирует это высказывание, приводя в пример «конституционные нормы, созданные Конституционным советом, когда в силу решения 1971 г. он истолковывал те или иные положения преамбулы».³⁶ Трудно понять, что Мишель Тропер ссылается здесь на п. 2 ст. 62 Конституции от 4 октября 1958 г. («Решения Конституционного совета не подлежат дальнейшему обжалованию»), хотя этот текст для разбираемой теории лишен нормативной ценности. Откуда Мишелю Троперу известно, что нет дальнейшего обжалования? Мы полагали, что согласно реалистической теории толкования речь идет (как и везде) о чисто фактическом вопросе и что по этой причине невозможно рассуждать в общих терминах, поскольку это означало бы полную индукцию. Однако действительно ли согласно акту аутентичного толкования не существует процедуры дальнейшего обжалования? Действительно ли это должно пониматься в том смысле, что имеет место не только обязательство соблюдать акт толкования и согласовывать свое поведение норме, созданной актом толкования, но и третья норма, которая касается нормативного статуса первой нормы?

³³ Ibid.

³⁴ Это означает, что нет никакой необходимости в том, чтобы за нарушением обязательства *Op* незамедлительно следовало обязательство применить физическое наказание к адресату обязательства *Op*. Может потребоваться немалое количество стадий перед тем, как санкция будет материализована в некоем акте принуждения.

³⁵ Ibid. P. 350.

³⁶ Ibid.

Каким бы ни было истолкование первого варианта предложенного Мишелем Тропером тезиса, «нормативный эффект» есть не что иное, как нормы. Ничем иным такой эффект быть не может, даже если он имеет многочисленных адресатов и дополнительные объекты, даже если он не обладает никаким нормативным значением, которое было бы независимо от того контекста, в котором наблюдается данный эффект (хотя это еще нужно доказать). И если это так, то Мишель Тропер не находит того критерия объективности, в котором нуждается реалистическая теория толкования. Любой может сказать, что такое-то действие дозволено, запрещено или обязательно, что другие властные органы вынуждены считаться с таким актом толкования, что любое дальнейшее обжалование исключено. Это ведет к разному отношению разных эфемерных органов, чего не избежать, если не сменить перспективу и не найти другой вариант, отсылающий нас исключительно к чистым фактам.

3.3. «Фактические эффекты»

Мишель Тропер ставит мне в упрек мои критические замечания против выдвигаемой им странной идеи, согласно которой «устанавливать норму значит предписывать»,³⁷ и пытается выставить меня как недалекого юснатуралиста, которого Росс неудачно хотел разоблачить в Кельзене. Названной выше курьезной идее Мишель Тропер противопоставляет другую концепцию, согласно которой речь идет просто «об утверждении, что в определенной правовой системе следует себя вести определенным образом».³⁸ Однако, с одной стороны, я никогда не утверждал того, что мне приписывается, а с другой — сам Мишель Тропер не отвечает на вопрос о том, что (если воспользоваться его собственной терминологией) вообще дает возможность делать заявления, подобные такому: «В определенной правовой системе следует себя вести определенным образом». Как говорит Мишель Тропер, при помощи методов эмпирических наук вполне можно показать, что согласно некоей правовой системе то или иное поведение является обязательным. Хотя, как кажется, такое доказательство относимо скорее к собственно толкованию, чем к норме, созданной через толкование.

Создается впечатление, что реалистическая теория толкования пользуется двусмысленностью термина «право», позволяющей ей заявить без обиняков, что, например, не существует какой-либо процедуры для лишения юридической силы акта толкования, данного Конституционным советом в его решении 1971 г.³⁹ На первый взгляд, такое заявление равнозначно утверждению, что согласно доктрине Конституционный совет всегда имеет последнее слово, вне зависимости от содержания выносимого им решения. Это подразумевает, что решения Конституционного совета обладают большей юридической силой, чем законы о пересмотре Конституции, и что Конституционный совет может издать любую конституционную норму. Подобные заявления, действительно, могут восприниматься как предписания, по меньшей мере как условные предписания («Если лицо хочет действовать согласно праву, необходимо соблюдать то, что решит

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

Конституционный совет, независимо от содержания такого решения»). Но речь здесь вовсе не об этом, поскольку предполагается, что рассматриваемая теория следует своему собственному увещанию, а именно: избегать того, чтобы ее положения о праве становились прескриптивными высказываниями. Следовательно, совершенно неверно утверждать, что я выдвигал положение, согласно которому «устанавливать норму в свою очередь означает предписывать норму».⁴⁰ Наоборот, для меня вопрос заключался в том, обоснованы ли претензии реалистической теории толкования на то, что она способна установить нормы, принимая во внимание все заявленные ею предосторожности.

Здесь Мишель Тропер предлагает очень странное прочтение того, что принято называть «законом Юма»: невозможность выводить прескриптивное высказывание из посылок, содержащих только непрескриптивные высказывания. Но подобная невозможность распространяется как на простые нормативные предложения («*p* истинно, поэтому обязательно, что *p*»), так и на нормативные предложения в рамках некой заданной системы («*p* истинно, поэтому *p* обязательно в нормативном порядке»). Закон Юма действует независимо от типа непрескриптивной посылки.

По этой причине из высказывания «истинно, что *p*» недопустимо выводить, что *p* обязательно. Но то же самое распространяется и на высказывание «истинно, что *x* говорит, что *p* обязательно».

Здесь имеет значение не то, что *x* говорит «я — Юлий Цезарь», или «я — президент Республики», или «мы — Конституционный совет». Вопрос заключается в том, почему *x*, который помимо всего прочего заявляет о наличии у него правового статуса, действительно этим статусом обладает — в том смысле, что согласно некой заданной нормативной системе некий орган имеет правомочие создавать нормы определенной категории (а не в том, утверждает ли *x*, что он обладает неким правомочием).

В качестве ответа на этот вопрос мы узнаем от Мишеля Тропера только то, что реалистическая теория толкования совершенно «безразлична» к тому, что «предписанные поведенческие акты действительно имеют место».⁴¹ Согласно рассматриваемой теории «нормативная эффективность совпадает с фактической эффективностью». Это положение иллюстрируется примером конституции, которая содержит положение, гарантирующее всеобщее равенство, и властного органа, истолковывающего это положение как гарантирующее равенство мужчин и женщин. Независимо от того, будет ли реализовано такое равенство в случае, если такой акт толкования «юридически неоспорим», «следует полагать, что существует норма, которая предписывает равенство полов».⁴²

И какова же прескриптивная посылка (применительно к данному правовому порядку), позволяющая прийти к данному результату? Если фактом является то, что существует конституция или же существует некий властный орган (согласно данному правовому порядку некто является властным органом, правомочным на создание норм определенной категории), то вопрос заключается именно в том, как разбираемая теория приходит к установлению данных посылок. Было

⁴⁰ Ibid. P. 351.

⁴¹ Ibid. P. 352.

⁴² Ibid.

бы очень странно, если существование конституции рассматривалось бы реалистической теорией толкования как прескриптивная посылка, поскольку изучаемая теория не может допустить иного понимания конституции, кроме как текста, не имеющего нормативной ценности. Трудно понять ценность констатации существования властного органа, наделенного определенными полномочиями, поскольку непонятно, как вопрос о существовании властного органа, способного на акты аутентичного толкования, может быть «чисто фактическим вопросом». То же самое замечание можно сделать и относительно «юридической оспоримости», поскольку мы ищем именно то, что позволяет нам устанавливать некие факты как юридические. Если же речь идет просто о том факте, что некто говорит: «Конституционный суд, рассмотрев дело в пленарном заседании, принимая во внимание положения Конституции, в частности статьи С, учитывая положения закона З, решил...», — то тут мы имеем дело с чистым фактом. И если не будет доказано иное, то отсюда никак не следует, что существует некая правовая система, которая действительно имеет такую-то конституцию, такой-то конституционный суд, что такой конституционный суд действительно реализовал такой-то акт аутентичного толкования, что согласно этому акту мужчины и женщины равны между собой.

Так и остается полной загадкой утверждение, согласно которому нормативная и фактическая эффективность — это одно и то же, тем более что реалистическая теория толкования заявляет себя эмпирической теорией. Однако единственным констатированным ею фактом остается уже известная нам посылка о том, что существует правовой порядок и что некий властный орган выносит решение. Но именно эту посылку и следует доказать! Тезис «следует считать, что существует норма, предписывающая равенство полов» или подобный ему является предвосхищением основания.

Под заголовком «двойной регресс» я вскрыл две следующие трудности: а) согласно терминологии разбираемой теории невозможно познавать что-то, кроме текстов, но поскольку любой текст является неопределенным, то невозможно с определенностью говорить о том, о чем говорит реалистическая теория толкования, т. е. об актах аутентичного толкования; б) установление акта аутентичного толкования предполагает возможность аналитического толкования, т. е. использования семантических критериев, однако данная возможность строго отрицается самой разбираемой теорией (это отрицание повторяется и в «Ответе» Мишеля Тропера). Вторая трудность, выявленная в результате критики, в действительности предполагает циркулярность определений — эта трудность уже была рассмотрена выше. В рамках нашей аргументации предположим, что, возможно, существует нечто подобное «аутентичному толкованию» в смысле реалистической теории толкования. Однако первая посылка разбираемой теории не позволяет сделать такого предположения, поскольку она допускает существование только текстов. В своем «Ответе» Мишель Тропер прибегает к другому аргументу, который я еще не подвергал исследованию. Согласно этому возражению реалистическая теория толкования опрокидывает иерархию норм и рассматривает в качестве «истинного хозяина системы» высший орган, дающий толкование. Такая концепция с очевидностью является ошибочной, поскольку «противоречит действительности»: либо существует иерархия властных органов, и тогда вышестоящие органы навязывают свои

решения нижестоящим органам, либо же такой иерархии не существует. Но в последнем случае возможно либо то, что один орган навязывает свое решение другому органу, либо то, что будут сосуществовать два решения, имеющие разных адресатов.

К сожалению, точка зрения, которую критикует Мишель Тропер, не является «тем же самым аргументом, только в слегка измененной форме» (как он сам предполагает); эта точка зрения затрагивает совершенно иную проблему. Та критика, которой Мишель Тропер касается в своем «Ответе», предполагает, что аутентичное толкование существует. Поскольку такое толкование является результатом деятельности того лица, которое применяет текст и придает этому тексту определенное значение, то иерархия может существовать только для тех, кто считает, что тексты при известных условиях формулируют нормы. С внутренней точки зрения теории иерархии норм концепция реалистической теории толкования предстает как контринтуитивная, а иерархия в рамках одного решения представляется странной, поскольку предполагает, что мы располагаем одним органом в рамках одной иерархии сразу на нескольких уровнях. Однако таково видение ситуации снаружи. В рамках внутренней перспективы реалистической теории толкования вопрос стоит о том, где конкретно начинается аутентичное толкование. Является ли такое толкование продуктом деятельности некоего «верховного суда», либо определение неопределенности происходит именно в момент, когда принимается решение о конкретных мерах касательно конкретной личности, либо же нужно ждать конкретной реализации принятых мер? Мы вполне можем допустить, что рассматриваемая теория не дает четкого ответа на этот вопрос, да и не может его дать, поскольку она одновременно хочет быть связанной с конкретными фактами (а не с абстрактностью и неопределенностью «текстов») и анализировать акты нормотворчества, которые действительно имеют отношение к этим фактам. Иными словами, реалистическая теория толкования хочет быть теорией, которая принимает во внимание нормы и которая одновременно описывает факты. Очевидно, что это далеко не одно и то же. Решение может разрешить некий конфликт, но отсюда никак не следует, что данный конфликт будет реально урегулирован именно так, как предусматривает принятое решение, поскольку с фактической точки зрения ситуация может быть значительно сложнее. В этом аспекте мы можем выдвинуть возражение, согласно которому в действительности разрешает спор именно то лицо, которое последним оказывает влияние в цепочке решений относительно некой ситуации. Тогда именно данное лицо, а не какой-либо юрисдикционный орган (даже если это верховный суд и даже если его решения не подлежат дальнейшему обжалованию) занимается аутентичным толкованием. Данное возражение оказывается обоснованным и изнутри рассматриваемой теории.

Если реалистическая теория толкования действительно хочет быть эмпирической, то подобные вопросы нельзя решать априорно — следует искать ответы применительно к каждому конкретному делу с учетом всех относящихся к делу фактических элементов. «Ответ» Мишеля Тропера оказывается неудовлетворительным, поскольку он обращается к той реальности, которую никогда по-настоящему не анализировал. В то же время нужно признать, что классификация всех возможных случаев может иметь только следующий вид: либо

существует эффективная фактическая иерархия, в рамках которой высказанные на высшем уровне нормы соблюдаются на более низких уровнях, либо же такой иерархии нет, а существует множество сосуществующих «властных органов», ни один из которых не способен вынести окончательного решения. Проще говоря, либо существуют отношения повиновения, либо же таких отношений нет. Но этот абстрактный ответ никто серьезно и не оспаривает — он не говорит нам ничего о реальности отношения повиновения и о методе эмпирического анализа этих отношений.

Вместе с тем наша критика никак не относилась к этому вопросу. Наше возражение здесь не касается контринтуитивного характера или непригодности разбираемой теории. Мы исследовали внутренне присущую реалистической теории толкования проблему: как найти критерий для установления акта аутентичного толкования. Перед тем как ставить вопрос о нормативной или фактической эффективности, нужно понять, о каком объекте мы говорим, какова та часть реальности, которую правовой порядок может снабдить эффектом. Рассматриваемая теория четко различает «текст», который всегда остается неопределенным и лишенным нормативного эффекта, и «акт аутентичного толкования», который всегда определен и всегда снабжен нормативным эффектом. Поскольку любой властный орган, толкующий некий текст, всегда формулирует свое толкование с помощью некоего другого текста, то аутентичного толкования существовать не может. Нельзя сказать, что тексты являются формулировками актов аутентичного толкования, поскольку тогда нужно было предполагать, что только некоторые тексты являются неопределенными и что в нашем распоряжении есть критерий для четкого установления таких текстов. Однако реалистическая теория толкования не позволяет выработать такой критерий.

При этом не может идти речи ни о нормативных, ни о фактических критериях, ведь даже если бы такие критерии существовали, то от них не было бы никакого толка. Нужно было бы, в конечном счете, четко установить, что такой-то текст или такая-то совокупность определенных действий обязательны, запрещены или разрешены. Подобная операция потребовала бы осуществления семантической операции, но Мишель Тропер неоднократно повторяет, что недопустим никакой семантический критерий.

Таким образом, реалистическая теория толкования конструирует для себя противоречивый объект, в котором одновременно присутствуют текст и акт аутентичного толкования, норма и факт, при этом такой объект хотя и выступает в качестве референта высказываний «профессоров», но одновременно считается недоступным для познания. Однако в научном знании не существует противоречивых объектов.

Поэтому реалистическая теория толкования есть безобъектная теория. Вопреки утверждениям Мишеля Тропера, ни первый, ни второй варианты этой теории не позволяют четко обозначить ее объект и метод. Аналитические приемы этой теории являются не эмпирическими, а семантическими, они имеют отношение к текстам, а не к «актам аутентичного толкования» в том смысле, в котором разбираемая теория понимает это выражение. Реалистическая теория толкования заявляет о том, что формирует индикативные высказывания, способные быть истинными или ложными и обладающие научной ценностью

применительно к тем объектам, о которых она рассуждает. Но тогда речь идет не об объектах этой теории. Утверждая, что некий орган вынес такое-то решение, разбираемая теория создает высказывания, которые сами по себе ничем не отличаются от высказываний, создаваемых доктриной, хотя при этом доктрина критикуется за то, что является оправданием, а не научным дискурсом. Поскольку реалистическая теория толкования не способна создать ту методологию, о наличии которой она заявляет, данная теория остается (по меньшей мере, до настоящего момента) доктриной без теории.