
М. Тропер*

Ответ Отто Пферсманну**

1. Отто Пферсманн оказал мне честь своим внимательным рассмотрением ряда статей, написанных мною на протяжении ряда лет и связанных с реалистическим направлением теории права. Я ему признателен за это, даже если его суждения о моих работах суровы. Его критика кажется мне признаком уважения, исходящего от человека, чьи интеллектуальные способности, знания и острота критического мышления меня восхищают. Кроме того, эта критика дает возможность уточнить некоторые из моих идей. Несомненно, эти идеи действительно нуждаются в уточнении, поскольку они никогда не были выражены в систематизированном виде — мои статьи были написаны с разными целями и по разным предметам, и поэтому содержащиеся в них идеи менялись и формулировались иногда нечетко.

В последующей дискуссии следует придерживаться некоторых условностей, и я с удовольствием принимаю те из них, что использовались Отто Пферсманном. Прежде всего речь идет о выражении «реалистическая теория толкования», хотя это выражение будет одновременно и слишком узким, и слишком широким. Узким оно является, поскольку Пферсманн использует его для обозначения разных положений, которые касаются не только толкования, но и науки о праве, источников или структуры правовой системы. Такое использование оправдано только в той мере, где критика Пферсмманна имеет эпистемологическую направленность, только там, где он обсуждает преимущественно вопросы толкования и не затрагивает другие положения, являющиеся предпосылками нашей теории. Но данный термин также слишком широк, поскольку, даже если бы я примкнул к «некой» реалистической теории толкования, существуют и другие теории толкования, также являющиеся реалистическими. Я не повинен в замене неопределенного артикля определенным, но готов согласиться с использованием этого выражения (за неимением других) для обозначения рассматриваемой совокупности моих тезисов. Также вполне приемлемым нужно считать принцип реконструкции тезисов, что и является предметом спора. Действительно, важно различать идеи и аргументы, с одной стороны, и способ их выражения — с другой. Обсуждаться должны только идеи, причем независимо от их лингвистической формы, которая может быть и неудачной. Мои работы,

* Тропер Мишель — почетный профессор Университета Париж-10 Нантер (Париж-Уэст).

** *Troper M. Réplique à Otto Pfersmann // Revue française de droit constitutionnel. 2002/2. N 50. P. 335–353.*

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

касающиеся реалистической теории толкования, писались в течение длительного периода по разным поводам, встраивались в контекст различных споров, поэтому реконструкция неизбежна. Следовательно, Пферсманн вправе критиковать те идеи, которые считает моими, хотя я никогда их не эксплицировал. Вместе с тем нет никакой нужды принимать наряду с самим принципом реконструкции выявленное в ходе реконструкции содержание. Напротив, желательно предложить сжатое изложение принципиальных положений реалистической теории толкования, хотя бы мы при этом и не противопоставляли реконструированной Пферсманном теории некую другую. В то же время следует реконструировать и ход мысли самого критика, поскольку его текст очень сложен из-за множества аргументов, их структуры и из-за использования метаязыка, с помощью которого Пферсманн интерпретирует и характеризует положения реалистической теории толкования. Поэтому нам нередко придется выявлять и суммировать основные положения его аргументации.

2. Невозможно следовать ходу мысли Пферсманна шаг за шагом. Его аргументация развивается поэтапно. В первую очередь, используя для этого термин «конструкция», он анализирует реалистическую теорию толкования, раскладывая ее на множество положений, каждое из которых характеризуется некой формулой (например, «принцип текстуальной неопределенности», «принцип нормативной определенности») или отсылкой к тому или иному доктринальному направлению («общий эмпиризм», «семантический эмпиризм»). Далее он изучает вытекающие из данных положений следствия, фактичность правового порядка и эмпирическую природу науки о праве. Далее Пферсманн переходит к критическому исследованию нашего понимания чистого учения о праве Кельзена. Наконец, он осуществляет «реконфигурацию», т. е. такую реконструкцию, при которой конституирующие элементы теории будут логически непротиворечивыми и независимыми друг от друга. Это предполагает сохранение одних элементов и исключение других. Пферсманн считает себя вправе перестраивать нашу теорию. Но реконфигурированная и реконструированная таким образом теория «встречает препятствия, которые делают ее неприменимой». Эта теория оказывается повинной в эпистемологической путанице и лишается своего предмета.

Здесь мы опустим второй элемент анализа Пферсманна. Кажется, нет нужды обсуждать, основана ли реалистическая теория толкования на правильном или неправильном понимании идей Ганса Кельзена. Разумеется, этот вопрос не лишен интереса, но он необязателен для рассуждений о том, является ли реалистическая теория толкования истинной. Наша теория может быть основана на правильном понимании кельзеновского учения, но быть при этом ложной, и наоборот, может основываться на неверных представлениях об учении Кельзена, оставаясь при этом истинной. Иное возможно только в том случае, если предположить, что Кельзен уже все сказал, во всем был прав, следовательно, ложным является любой тезис, не являющийся продолжением чистого учения о праве.

Здесь я буду разбирать преимущественно ту критику, которая была адресована непосредственно реалистической теории толкования. Но перед этим важно напомнить об основных тезисах, которые обозначены Пферсманном как реалистическая теория толкования, поскольку читатель не обязан помнить их.

Пферсманн излагает нашу теорию достаточно лояльно, поэтому осуществленная им реконструкция предполагает хорошее знание используемого им материала.

3. Эти тезисы сводятся к следующим.

А) Толкование права есть придание некоего значения тексту.

В) Правовой порядок связывает определенные последствия с определенными актами толкования, которые обозначаются как «аутентичные». Иными словами, должно считаться, что текст имеет то значение, которое было придано ему актом толкования. Неважно, каким является это значение — оно может быть очень далеко от того значения, которое ему можно было бы придать с точки зрения языковых оборотов, использованных в тексте, с точки зрения того, что можно знать о намерении изначального автора текста или с точки зрения иных данных.

С) Эти акты толкования, следовательно, суть продукты воли толкователя, а не функция мышления. Эти акты суть предписания. Они не являются ни истинными, ни ложными.

Д) Поскольку нормы являются именно значениями определенных высказываний, то нормы устанавливаются не авторами данных высказываний, а их аутентичными толкователями. До толкования высказывания не имеют никакого значения.

Е) К числу норм, создаваемых органами толкования, относятся те, которые обосновывают компетенцию самих этих органов.

Ф) Наука о праве, имеющая четко определенный предмет, не может заниматься познанием норм или значений. Ее задача — познание тех актов, с помощью которых придаются значения и создаются нормы.

Г) Такие акты являются эмпирическими явлениями. Поэтому наука о праве является эмпирической наукой.

Н) Наука о праве отличается от догмы права, с помощью которой действующие в правовой системе органы обосновывают свои предписания.

И) Задача науки о праве — описание и объяснение актов, с помощью которых формируются высказывания.

Ж) Наука о праве обладает спецификой. В отличие от других социальных или гуманитарных наук, которые занимаются объяснением таких актов через причинно-следственную связь, внешнюю по отношению к правовой системе, она объясняет данные акты через свойственную самой правовой системе принудительность.

Я ограничусь только несколькими замечаниями по поводу конструкции и реконструкции этих тезисов со стороны О. Пферсмманна.

Первое замечание касается использования прилагательного «реалистиче-ский». Пферсманн правильно подчеркивает, что реалистическая теория толкования не имеет ничего общего с теми тезисами, которые допускают существование неких объектов, независимых от человеческого опыта. В этом смысле наша теория является «антиреалистической», поскольку она не признает объективного существования норм или ценностей, независимых от воли и представления людей, не признает возможности познания чего-либо иного, кроме выражения этих норм в языке. Если при этом теория представляет себя как реалистическая, то делает это в привычном значении термина «реализм» — как реализм в живописи, литературе или кинематографе, противопоставляемый

идеализму или приукрашиванию действительности. Задача реализма — изобразить действительность такой, какова она есть; реалистическими выступают те теории права, которые пытаются описать право не как проявление справедливости или как логическое развертывание неких предустановленных правил, а как то, что «реально» есть. Несмотря на значительное расхождение мнений относительно того, что в «реальности» есть право, данная задача разделяется всеми, кто причисляет себя к «реализму». По сравнению с более умеренными концепциями, реалистическая теория права кажется слишком радикальной. Поэтому вполне закономерно, что она вызывает столь же радикальную критику, такую как критика Пферсмманна.¹

Второе замечание касается терминологии, используемой Пферсмманном при реконструкции, например, таких выражений, как «доктринальный скептицизм», «органический когнитивизм» и др. Все эти выражения вместо прояснения ситуации только запутывают ее, поскольку зачастую относятся не к самой теории, к интеллектуальной установке, а к предмету этих теорий. Так, доктринальный скептицизм не является разновидностью скептицизма, который отличается от других видов за счет своей связи с доктриной (например, в отличие от того скептицизма, который касается только психологической установки). Речь идет именно о скептическом отношении к доктрине, за которой реалистическая теория толкования отрицает возможность познания истинного значения текстов. Не было бы смысла задерживаться на этой терминологии, если бы речь шла о простом соглашении о терминах и если бы использование такой терминологии не создавало риска появления тех же недоразумений, что связаны с использованием термина «иррационализм» применительно к позднейшим идеям Кельзена. Некоторые критики полагали, что идеи Кельзена иррациональны, враждебны рационализму. Однако намерение Кельзена состояло, напротив, в совершенно рациональном доказательстве того, что право не есть продукт разума. Точно так же и выражение «доктринальный скептицизм» дает возможность заключить, что реалистическая теория толкования скепична по отношению к доктрине и что скептицизм есть исходное положение этой теории. Однако в действительности речь идет только об одном из выводов.

В других случаях использованное прилагательное не соотносится ни с тем или иным тезисом, ни с предметом, на который направлен тезис. Для Пферсмманна «органический когнитивизм» не является когнитивизмом со стороны органов толкования. Речь также не идет о совершенно банальном тезисе реалистической теории толкования, согласно которому возможно познание деятельности органов толкования и продуктов такой деятельности. Оказывается, что речь идет об «идее, согласно которой акты органов толкования дают прямой доступ к познанию». Здесь Пферсмманн, как кажется, вменяет реалистической теории толкования тезис, согласно которому изучение актов толкования соответствующих органов позволяет познать истинное значение текстов. Но на самом деле наша теория совершенно несовместима с данным тезисом, поскольку она утверждает, что, наоборот, не существует никакого истинного значения.

¹ Более умеренная реалистическая концепция изложена Риккардо Гуастини: *Guastini R.* 1) *Le fonti del diritto e l'interpretazione.* Milano, 1993; 2) *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto.* Torino, 1996.

Наконец, определенные характеристики, приписанные реалистической теории толкования, приемлемы только при условии особого их истолкования и в других формулировках. Так, говорится, что реалистическая теория толкования исходит из того, что высказывания о «конституции», о «законах», о «постановлениях» или об иных разновидностях общих и абстрактных норм лишены какой-либо научной ценности. Такие высказывания в качестве идеологического дискурса являются предметом догмы права, тогда как наука о праве занимается в первую очередь теми решениями, которыми окончательно разрешаются конкретные дела.

Сформулированный таким образом тезис оказывается ложным. На самом деле следует различать два типа высказываний, относящихся к конституции или к законам. Те высказывания, которые исходят от правоприменительных властей, действительно не имеют никакой научной ценности — их функция состоит не в определении, а в предписании, и поэтому они не могут быть ни истинными, ни ложными. Если Конституционный Совет постановляет, что Конституция устанавливает то или иное поведение, то Совет выражает свое решение и создает норму. Такое высказывание не имеет научной ценности, но вполне может быть объектом науки, которая описывает нормы. При этом следует отметить, что такая наука является именно наукой о праве, а не догмой — последняя не является чистым описанием. К этому типу принадлежат те лишённые научной ценности высказывания, с помощью которых юристы-практики (например, адвокаты) утверждают, что такой-то закон имеет такое-то значение либо что такая-то конкретная ситуация регулируется такой-то правовой нормой. Такие высказывания всегда предполагают оценку, они также имеют прескриптивную функцию, поскольку их цель — рекомендовать суду вынести определенное решение. В то же время эти высказывания не являются предметом науки о праве, цель которой — описание норм, ведь они не содержат в себе норм. Такие высказывания связаны с догмой, но не потому, что они относятся к предмету догмы, а поскольку они созданы через аргументацию, ведущуюся с помощью методов догмы права.

Второй тип высказываний — высказывания ученых-юристов. Эти высказывания имеют индикативную функцию, поскольку описывают высказывания первого типа и могут быть истинными или ложными, а потому могут обладать научной ценностью.

Использованные Пферсманном приемы приводят к затуманиванию одной из основных целей реалистической теории права — установить различие между догмой права и наукой о праве. Если нормативная иерархия выражается только через рассуждения судей, то догма права воспроизводит эти рассуждения. Наука о праве ограничивается формулированием индикативных предложений, которые касаются вопроса существования норм, т. е. процесса создания высказываний, чья цель состоит в толковании других высказываний для установления мер принуждения, сопутствующих высказываниям первого типа.

Третье замечание относится к рассуждениям Пферсмманна в той части, в которой он занимается конструированием и упорядочением тезисов реалистической теории толкования. Пферсманн исходит из эмпиризма и онтологии с тем, чтобы потом прийти к тезисам о толковании права и следствиям такого толкования. Эта схема обнаруживает неудобства в двух отношениях.

С одной стороны, Пферсманн занят интенсивным обсуждением центрального вопроса: является ли функцией воли деятельность по толкованию текстов (в том виде, в котором она осуществляется правоприменительными органами)?

С другой стороны, реалистическая теория толкования предстает прежде всего как теория толкования права, т. е. как часть общей теории права. Как и для любой другой научной теории, истинность (или ложность) этой теории зависит не от ее соответствия философским тезисам, а от соответствия тому объекту, описание которого она претендует дать. Поэтому важно не смешивать здесь философские постулаты с логическими посылками мышления. Теория не будет истинной или ложной только потому, что она основана на философии эмпиризма, или потому, что она предполагает определенную онтологию права. Отношение между тезисами о праве и философскими тезисами является обратным: такое отношение предполагает возможность построения эмпирической теории в науке о праве, оно также обосновывает выбор той или иной онтологической теории права. Именно по этой причине невозможно принять предложенное Пферсманном разделение реалистической теории толкования и теории актов аргументативного принуждения. Последняя пытается ответить на некоторые возражения, выдвинутые против реалистической теории толкования, и представляет собой продолжение этой теории.

Критика Пферсманна развивается скорее в эпистемологическом, а не в теоретико-правовом аспекте. Именно поэтому Пферсманн не обсуждает вопрос о том, представляет ли действие властного органа по толкованию текста функцию воли или сознания, — он старательно исследует философские предпосылки реалистической теории толкования, понятие науки о праве и понятие права, предложенные в нашей теории. Такой путь исследования вполне оправдан, но если мы последуем ему, то будем рисковать утратой самой цели исследования. Ведь нельзя исключить того, что научная теория будет истинной, даже если она основана на спорном понимании науки.

Цель выдвигаемых Пферсманном аргументов — доказать, что реалистическая теория толкования основывается на эпистемологической путанице и не имеет предмета. Эти аргументы важно обсудить в том порядке, в котором они были выдвинуты.

1. Эпистемологическая путаница

Эпистемологическая путаница состоит в том, что именно Пферсманн называет «доктринальным скептицизмом», который связан с «органическим конгнитивизмом», т. е. с «идеей, согласно которой акты толкования со стороны органов толкования дают прямой доступ к познанию».

Мы уже говорили о неудобстве этой терминологии. Но как бы то ни было, критические аргументы, собранные под лозунгом «эпистемологической путаницы», делятся на три группы.

Первая группа объединяет аргументы, касающиеся «неопределенности определимости», т. е. идеи, согласно которой деятельность по определению толкователем значения высказывания сама по себе не определена этим высказыванием, поскольку оно неопределенно и, следовательно, не может быть носителем смысла до того, как будет истолковано.

По мнению Пферсмманна, реалистическая теория толкования сталкивается здесь с первой трудностью: истинность идеи, согласно которой орган аутентичного толкования ничем не связан, означает ложность как принципа текстуальной неопределенности, так и тезиса об эффективности толкования.

По правде говоря, такая критика весьма неясна.

Во-первых, то, что Пферсмманн называет «тезисом об эффективном толковании» (иными словами, идея, согласно которой толкование заключается в придании некоего значения), на самом деле не является тезисом — это лишь определение понятия «акт толкования».

Во-вторых, тезис о несвязанности органа толкования указывает сразу на несколько разных идей. Данный тезис может означать, что толкователь не связан самими высказыванием либо что он не обязан применять те или иные приемы толкования. Если орган толкования не связан толкуемым им высказыванием, то причиной этого может быть то, что данное высказывание неопределенно (в смысле, который в это вкладывает Пферсмманн). Также возможно, что высказывание будет определенным, что оно будет иметь некое «истинное» значение, а толкователь будет иметь юридическую свободу придать этому высказыванию другое значение. Если толкователь не обязан применять определенные приемы толкования, это может означать либо то, что высказывание является неопределенным и применение того или иного приема толкования приводит к приданию высказыванию того значения, которым оно не обладало до акта толкования, либо то, что высказывание является определенным, но не существует такого приема, который позволил бы раскрыть истинное значение. Возможно, такой прием и существует, но он не является общепринятым, и орган толкования должен выбрать тот прием, который покажется ему пригодным для типа высказывания, подлежащего толкованию, или же в обстоятельствах, при которых осуществляется толкование. Иными словами, тезис о несвязанности толкователя совместим как с принципом неопределенности, так и с принципом текстуальной определенности.

В-третьих, Пферсмманн не объясняет причины, по которым он видит противоречие между этими двумя идеями. Это молчание тем более печально, что реалистическая теория толкования всегда считала, что одна из этих идей вытекает из другой. В своих действиях по определению смысла текста толкователь не связан никаким правилом и поэтому вправе придать этому тексту любой смысл. Поэтому необходимо полагать, что этот текст не обладает иным значением, чем то, которое вытекает из акта толкования.

Вполне возможно выделять сильную и слабую версии реалистической теории толкования. Согласно сильной версии текст всегда остается неопределенным; следовательно, орган толкования не может быть связан таким текстом. Согласно слабой версии текст не является неопределенным сам по себе, но он должен считаться таковым, поскольку юридически значимым будет только тот смысл, который придан тексту толкователем. В обоих случаях между двумя идеями (неопределенности и дискреционных полномочий) нет противоречия. Между этими двумя случаями существует логическое отношение импlications — меняется только направленность этого отношения.

По мнению Пферсмманна, есть и другая трудность: реалистическая теория толкования «фактически делает статус органа толкования единственным

критерием нормативности». Поэтому необходимо «вести точные и независимые критерии, позволяющие установить такой орган». К сожалению, данная критика не получает никакого развития, и необходимо ее раскрыть. Похоже, что Пфферманн здесь ставит в упрек реалистической теории толкования то, что она говорит об отсутствии нормативного значения у акта толкования во всех случаях, кроме тех, когда такой акт является аутентичным в силу того, что он исходит от компетентного органа, имеющего право осуществлять аутентичное толкование. Отсюда вопрос: по какому признаку можно распознать такой орган?

Подобная критика полностью основана на идее, согласно которой наша теория утверждает, что характер акта толкования определяется статусом органа. Но реалистическая теория толкования и не думает защищать подобный тезис — она исходит из противоположного: аутентичным является такое толкование, которое юридически значимо, т. е. то, с которым правовой порядок связывает последствия (например, если противоположная версия толкования лишается юридической действительности или поскольку норма, которой следуют на практике, создана актом толкования). Каким будет аутентичное толкование ст. 11 Конституции 1958 г.? Та версия, согласно которой изменение Конституции возможно путем прямого народного волеизъявления без предварительного голосования в парламенте? Если можно определить аутентичность этой версии толкования, то только потому, что согласно этой процедуре был введен конституционный закон, послуживший юридической основой для последующих всеобщих выборов президента. Если отказаться от допущения того, что благодаря этому закону ст. 11 получила аутентичное значение, то нужно будет утверждать, что рассматриваемый конституционный закон, равно как и последовавшие на его основе президентские выборы юридически недействительны. Кто был органом, осуществившим толкование? Это были два органа, без воли которых закон не мог бы получить юридическую силу: Президент Республики, который использовал данную процедуру для принятия конституционного закона, и Конституционный Совет, который не признал этот закон неконституционным. Мы называем органом аутентичного толкования такой орган, который способен осуществить подобное толкование, ибо именно свойство акта толкования определяет свойства органа, принявшего такой акт. Несмотря на видимость, здесь мы не приходим к порочному кругу в доказательстве, поскольку свойство акта толкования определяется только по тем последствиям, которые он производит. Возможно, что некое правило устанавливает, что толкование того или иного органа является обязательным (например, закон, который закрепляет за Кассационным Судом правомочие принимать постановления в рамках пленарных заседаний). Но чаще встречаются случаи, когда нет правила, по которому можно проверить статус органа толкования (например, сложносоставное решение, на основании которого палаты Парламента и Кассационный суд выдвигают обвинение и судят Президента Республики за государственную измену). Это решение является актом аутентичного толкования, поскольку выражение «государственная измена» не имеет иного значения, кроме того, которое будет придано ему текстом данного решения, и не может быть оспорено. То же самое можно сказать и о решении, на основании которого Президент Республики вводит в действие положения ст. 16 Конституции. Осуществляемое им толкование является аутентичным отнюдь не потому, что Президент является

органом, обладающим неким особым свойством. Напротив, Президент становится органом аутентичного толкования благодаря тому, что осуществленное им толкование не может быть оспорено.

Впрочем, свойство, которым обладает акт толкования, является исключительно вопросом факта. Данное неким органом толкование может не стать аутентичным либо оказаться таковым. Так, если решение Президента Республики о введении в действие ст. 16 Конституции считается признаком государственной измены, то это означает, что осуществляемое Президентом толкование уже не имеет юридической силы, а потому утрачивает свойство аутентичного. И наоборот, если конституционный судья решит проверить закон об изменении Конституции на предмет его соответствия запрету покушаться на республиканскую форму правления, то актом аутентичного толкования будет уже акт толкования со стороны судьи.

Второй пункт эпистемологической критики касается доктринального скептицизма, который якобы приводит к противоречию. Доктринальный скептицизм — это тезис, который Пферсманн приписывает реалистической теории толкования и согласно которому «доктринальное толкование не существует». Пферсманн полагает, что данный тезис вытекает из идеи, согласно которой толкование есть придание значения некоему тексту. Иначе говоря, до того момента, как текст получает свое истолкование, он не имеет никакого значения, не выражает и не содержит в себе никакой нормы. В силу того что доктрина не может создавать нормы, она не может и толковать их. И наоборот, поскольку аутентичное толкование состоит в создании норм, оно не может иметь когнитивного характера. Выдвигаемое Пферсманном возражение заключается в том, что нельзя исключать существования наряду с аутентичным толкованием толкования аналитического, которое будет не актом воли, а познанием значения актов воли. И при этом реалистическая теория толкования якобы исходит из того, что аналитическое толкование возможно, поскольку эта теория полагает допустимым научное толкование актов определенных органов в качестве актов аутентичного толкования.

Для того чтобы избежать здесь двусмысленности, необходимо уточнить, что согласно Пферсманну (а его мнение отличается от нашей позиции) аналитическое толкование нацелено на познание актов воли автора толкуемого текста, но не на познание воли самого толкователя. Как говорит Пферсманн, реалистическая теория толкования не только не доказывает невозможность аналитического толкования, но и сама основывается на возможности такого толкования — ведь эта теория предполагает, что высказывание, с помощью которого властный орган осуществляет аутентичное толкование, наделено значением, познаваемым наукой о праве. Иными словами, поскольку реалистическая теория толкования утверждает, что определенные высказывания являются актами аутентичного толкования, наша теория занимается аналитическим толкованием. Тем самым реалистическая теория толкования впадает в противоречие.

Прежде чем перейти к обсуждению, важно устранить недоразумение. Реалистическая теория толкования не выдвигает тезиса, который ей приписывает Пферсманн, — тезиса, согласно которому доктринальное толкование не существует. Такое утверждение было бы очень странным, и было бы трудно отрицать то, что доктрина беспрестанно толкует законодательные тексты или судебные

решения. В действительности, вопрос о понятии толкования и видах толкования зависит исключительно от общего согласия в вопросе использования терминов. Здесь можно защищать два независимых друг от друга тезиса.

Если мы называем толкованием права только такое толкование, которое производит некие правовые последствия, т. е. нормы, то в этом смысле толкованием является только аутентичное толкование. Если же толкование осуществляется представителями доктрины и не может создавать нормы, то такое толкование по определению не есть толкование права.

Но если под толкованием понимать любую деятельность, в рамках которой некоему высказыванию придается некий смысл, то очевидно (в рамках такого определения), что доктринальное толкование является толкованием точно так же, как толкование аутентичное.

Единственный важный вопрос, решение которого не зависит от языковых конвенций, — не вопрос о том, существует ли доктринальное толкование, а вопрос о том, имеет ли аутентичное толкование аналитический характер. Реалистическая теория толкования имеет совершенно четкий ответ на этот вопрос, который не подвергается сомнению со стороны Пферсмманна: аутентичное толкование не имеет аналитического характера, поскольку юридически значимое высказывание не имеет иного значения в рамках права, кроме того значения, которое ему придано актом толкования. При этом не важно, какими приемами пользовался орган толкования.

Что же касается вопроса о том, имеет ли доктринальное толкование аналитический характер, то для реалистической теории толкования этот вопрос лишен смысла. Наша теория не является общей теорией толкования — это всего лишь теория толкования права. Но даже если допустить, что доктринальное толкование имеет аналитический характер, то это не будет иметь никакого влияния на теорию права. Ведь если и существует некое истинное значение, то значение правовых высказываний всегда останется независимым от этого истинного значения точно так же, как действительность судебных решений совершенно независима от тех суждений, которые вырабатываются в науке.

С учетом вышесказанного является ли истинным тезис, согласно которому реалистическая теория толкования основана на предположении возможности аналитического толкования? Для того чтобы доказать это, Пферсмманн указывает, что сама по себе наша теория не является разновидностью аутентичного толкования, но при этом она придает определенное нормативное значение высказываниям (и тем самым придает им свойство нормативности), исходящим от особых органов, например, решениям, в рамках которых судебные органы дают толкование того или иного закона. Пферсмманн указывает на противоречие этого тезиса идее, согласно которой доктринальное толкование не имеет аналитического характера. Действительно, по логике Пферсмманна, толкование некоего высказывания со стороны нашей теории имеет вид аутентичного, но на самом деле таковым не является. Следовательно, наша теория должна восприниматься как аналитическая.

Однако создается впечатление, что Пферсмманн рассуждает здесь так, как если бы все то, что не является актом аутентичного толкования, было актом аналитического толкования. При этом он не замечает того, что существуют высказывания, которые не относятся ни к тому, ни к другому виду толкования —

просто потому, что они не являются актами толкования. Такое суждение возможно, только если утверждение, согласно которому некий объект обладает некими свойствами или принадлежит к определенному классу, приравнять к приданию значения. Только в таком случае можно считать толкованием утверждение, согласно которому акты толкования определенных органов являются нормативными.

Действительно, когда Пферсманн называет аналитическим толкованием суждение, согласно которому высказывания определенных органов обладают нормативным свойством, он использует слово «толкование» в очень широком смысле, существенно отдаленном от смысла, вкладываемого в это слово реалистической теорией толкования и придаваемого ему в обычном словоупотреблении. Такое суждение, по сути, касается лишь природы определенных высказываний, о которых наша теория говорит, что они являются нормативными, а не индикативными. Данное суждение не зависит ни от лингвистической формы высказываний, ни от их содержания. Оно является «актом толкования» не более, чем утверждение, в соответствии с которым согласно французскому праву принятый голосованием парламента акт обладает природой закона и поэтому имеет свойство нормативности.

Допускаемая Пферсманном путаница объясняется, возможно, проведением аналогии с поведением судьи, решающего, что некий текст обладает природой (или значением) нормы, как это сделал Конституционный Совет Франции применительно к преамбуле Конституции 1958 г. Такое решение называется толкованием, но только потому, что оно обосновано ссылкой к слову «конституция» в тексте ст. 61 Конституции и имело последствия для правовой системы Франции. Но признание того, что рассматриваемое решение имеет последствия и является нормативным, еще не есть «акт толкования». Данное утверждение не обосновывается исходя из формы или из содержания толкуемого высказывания или из положения закона, которое дает Совету право толкования. Само по себе это утверждение не способно иметь последствий для права, оно может быть истинным или ложным согласно принципу правдоподобности. Его можно назвать и «актом толкования», но в таком случае речь будет идти только о толковании *latissimo sensu*,² так же как если бы мы назвали толкованием утверждение, согласно которому некий камень не есть просто фрагмент скалы, а орудие труда первобытного человека. Данные утверждения отличаются от толкования в собственном смысле слова тем, что они могут быть истинными или ложными, тогда как акты толкования не могут обладать такими характеристиками, поскольку являются предписаниями. Таким образом, несмотря на «толкование» Пферсманна, утверждение реалистической теории толкования, согласно которому аутентичное толкование создает нормы, не является само по себе актом толкования.

Вместе с тем создается впечатление, что Пферсманн хочет вывести из своего «толкования» определенный эпистемологический вывод: поскольку реалистическая теория толкования сама основана на толковании, она не может претендовать на обоснование эмпирической науки о праве, способной описывать нормы. Так, наша теория приравнивает юридически действительные нормы

² В самом широком смысле (лат.) — Прим. пер.

«актами аутентичного толкования». И когда она утверждает, что акт определенно-го органа является актом аутентичного толкования, наша теория придает этому акту значение «юридически действительной нормы». Она не обладает никаким объяснительным критерием для установления нормы (т. е. актов аутентичного толкования), поскольку сама полностью зависит от создаваемых ею самой актов толкования.

Однако такой вывод предполагает, что цель реалистической теории толкования — описать «специфически нормативную сферу». Но это совершенно не так, если понимать под специфически нормативной сферой область должноставления. Реалистическая теория толкования ограничивается констатацией того, что определенные органы решают, что созданные другими органами высказывания обладают значением норм и что они устанавливают ту или иную модель поведения. Наша теория также отмечает, что данные решения, которые обычно называются «актами толкования», обретают фактическую обязательность, поскольку обязательными в данной правовой системе считаются только те модели поведения, которые предписаны актами толкования. Поэтому наша теория обоснованно называет эти акты действительными «нормами». Но с точки зрения реалистической теории употребление термина «норма» не означает, что должно вести себя согласно с этими нормами. Речь идет только о том, что соответствующее указанным нормам поведение считается правомерным в рассматриваемой системе права.

Иными словами, данные решения определяются в качестве актов аутентичного толкования или в качестве норм не в силу некоего семантического критерия, а лишь в силу последствий таких актов, т. е. исключительно благодаря эмпирическим свойствам этих актов.

Возможно, стоит подумать над проведением границы между установлением науки о праве аутентичности некоего акта толкования и утверждением того, что вследствие такого аутентичного толкования то или иное высказывание обнаруживает то или иное значение, что такое высказывание является юридически действительной нормой. По меньшей мере, как утверждает Пферсманн, во втором случае наука о праве осуществляет аутентичное толкование. И после того как наука о праве констатирует, что некий орган придавал тому или иному высказыванию значение, эта наука может приступить к «познанию» такого значения. Здесь значение оказалось бы объектом познания.

Вместе с тем такое деление не может иметь обоснования, поскольку объект познания сам по себе никогда не будет значением; применительно к такому объекту можно говорить только о придании значения. Нельзя смешивать значение и придание значения, если только не полагать, что существует некое объективное значение, так же как существует объективное долженствование. Такова теория Кельзена: он настаивает на том, что положения науки о праве являются дескриптивными, но описывают не Сущее, а Должное. Поэтому данные положения заключают в себе дескриптивное долженствование. Однако если допустить, что существуют не значения, а лишь акты, с помощью которых придается значение, то познание таких актов становится вполне возможным.

Третье направление эпистемологической критики касается «органического когнитивизма». Этим термином Пферсманн обозначает тезис, согласно которому орган аутентичного толкования способен на объективное познание.

Пферсманн подчеркивает, что такой тезис находится в противоречии с другими тезисами реалистической теории толкования.

Честно говоря, здесь нужно признать правоту критики Пферсманна. Он правильно подмечает, что реалистическая теория толкования утверждает, что толкование есть не результат познания, а исключительно продукт воли. Поэтому, принимая органический когнитивизм, данная теория натывается на противоречие. Вместе с тем совершенно неверно полагать, что реалистическая теория толкования исходит из органического когнитивизма. Она утверждает, что действия соответствующих органов могут быть объектом познания, но отнюдь не говорит о том, что сами эти органы обладают способностью к объективному познанию.

2. Отсутствие предмета

Суть критики Пферсманна проста: реалистическая теория толкования ставит перед наукой о праве задачу описания норм и полагает, что нормами является то, что получается в результате аутентичного толкования. Пферсманн говорит, что наша теория не способна установить такие нормы. Он пытается доказать данный тезис по четырем основаниям.

- 1) реалистическая теория толкования не может установить эти нормы по их авторам;
- 2) она не может сделать это по критерию нормативной эффективности;
- 3) она не способна отграничить нормы по критерию фактической эффективности;
- 4) данная теория приходит к двойному регрессу.

1) Установление по критерию авторства

Одним из способов установить нормы мог бы быть поиск их источника, т. е. тот факт, что они созданы через аутентичное толкование, которое некий орган дает некоему высказыванию. Но что это за органы? Реалистическая теория толкования не может определить их по критерию компетенции, поскольку органы могут получить компетенцию только на основе некоего текста. Но компетенцию дает не текст, а норма. Получается, что свою компетенцию рассматриваемые органы получают от некой нормы. Но в силу того, что сама эта норма есть результат аутентичного толкования, органы толкования регламентируют свою собственную компетенцию. Чтобы установить органы аутентичного толкования и отличать их от индивидов, которые стали бы претендовать на то, чтобы создавать нормы посредством толкования, необходимо иметь какой-то дополнительный критерий.

Такой критерий наша теория обнаруживает в тех последствиях, которые правовой порядок связывает с актом толкования. Таким образом, не присущее органу свойство придает аутентичность акту толкования, а, наоборот, акт аутентичного толкования указывает на орган толкования.

Центральным пунктом аргументации Пферсманна является то, что невозможно установить свойство акта толкования ни по нормативным, ни по фактическим последствиям.

Прежде всего, такие свойства невозможно установить по нормативным последствиям, поскольку, по словам Пферсманна, «норма есть нечто такое, что

делает определенные акты человеческого поведения обязательными, дозволенными или запрещенными — именно в этом состоит последствие нормы». Поэтому утверждение, согласно которому норма создает последствия, — это плеоназм. Таким образом, нельзя сказать, что орган аутентичного толкования создает некие фактические последствия; это было бы то же самое, как если бы мы характеризовали данный орган в качестве такого, который создает нормы.

Точно так же невозможно установить норму по фактическим последствиям ее действия. Пфедерманн тем самым указывает на «эффективность в терминах причинно-следственной фактичности». Согласно этой концепции норма считается эффективной, если предписанное ею поведение фактически имеет место. Как пишет Пфедерманн, пытаться определить норму через ее эффективность означает нарушить закон Юма, согласно которому невозможно выводить предскриптивное суждение из суждения дескриптивного.

2) Нормативная эффективность

Первый аргумент о невозможности установления характера толкования через его нормативные последствия основывается на слишком узком определении того, что следует понимать под «последствиями», либо же на путанице между последствиями акта толкования и последствиями нормы, между природой и содержанием акта толкования.

Достаточно странно видеть, что нормативист Пфедерманн адресует реалистической теории толкования критику, схожую с упреками (впрочем, совершенно несправедливыми) реалиста Альфа Росса в адрес нормативиста Ганса Кельзена.

Росс упрекает Кельзена за мнение, согласно которому применительно к правовой норме действительность означает юридическую обязательность. Росс пишет, что если некое поведение считается обязательным в случае установления нормой санкций за противное поведение, то не может существовать такой обязанности повиноваться норме, которая была бы отлична от обязанности придерживаться предписанного нормой поведения. Если норма приказывает мне платить налоги, я не подчинен такой обязанности повиноваться этой норме, которая отличается от обязанности платить налоги. Если эти две обязанности смешиваются, то обязательность предписывающей уплату налогов нормы означает не что иное, как то, что «нужно платить налоги».

По мнению Росса, отождествление действительности и обязывающего характера неизбежно ведет к подобной тавтологии; единственная возможность уйти от нее заключается в рассмотрении двух данных обязательств как отличных друг от друга, причем обязанность повиноваться норме является не «юридической», а «моральной».

Идея о долге повиновения праву (исполнения юридических обязательств) имеет смысл только в том случае, если предполагать по-настоящему этический характер данного долга, корреспондирующий присущей праву «обязывающей силе».³

³ Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // Revista Jurídica de Buenos Aires. 1961. N IV (Росс А. Валидность и конфликт между правовым

Именно это раздражает некоторых авторов, которых обычно называют «позитивистами», когда описывает позитивное право как обладающее валидность или абсолютной объявляющей силой.

Однако такие авторы удаляются от истинного позитивизма, который ограничивает себя описанием действующего права по модели описания фактов, воздерживаясь от любых ценностных суждений и от каких-либо предписаний. Эти авторы суть «квазипозитивисты», а их позиция фактически строится на положении коннатурализма. Они претендуют на то, чтобы указывать на Должное — на повинование позитивному праву. Ганс Кельзен — лишь один из таких квазипозитивистов, переодетый коннатуралист.

Вместе с тем такой упрек в тавтологии ни на чем не основан. Неверно утверждать, что обязанность повиноваться норме, приказывающей платить налоги, совпадает с обязанностью платить налоги под угрозой наказания. С точки зрения Кельзена, если допускать, что обязанность платить налоги устанавливается издаваемой налоговым инспектором нормой, то обязанность повиноваться этой норме устанавливается не данным инспектором, а некоей высшей нормой, т. е. законом. Говорить о существовании этой второй обязанности еще не значит говорить о существовании некоей этической обязанности — здесь речь идет лишь о существовании высшей юридической нормы. С точки зрения реалистической теории толкования последствия акта толкования не совпадают с производимыми нормой последствиями. Последствия, которые влечет за собой акт толкования, заключаются в том, что другие органы власти впредь будут обязаны придать высказыванию то же значение, что и орган аутентичного толкования. Последствием же нормы, создаваемой актом толкования, является то, что некое поведение становится обязательным или дозволенным.

Так же как и чистое учение о праве, реалистическая теория права рассматривает последствия не нормы, а акта толкования. Можно сказать, что акт аутентичного толкования создает нормативные последствия, поскольку вводит обязанность применять то или иное высказывание, придавая ему то значение, которое было придано толкователем, — для того, чтобы данное высказывание не имело иного значения, кроме выявленного в ходе толкования. Так, закон мы определяем как акт, который наделен свойствами закона со стороны правового порядка и который по указанию правового порядка применяется как закон. Точно так же мы распознаем акт аутентичного толкования по его последствиям. Именно эти последствия обуславливают то, что акт аутентичного толкования создает нормы. Несомненно, эти нормы в свою очередь вызывают определенные последствия (в том смысле, который Пферсманн вкладывает в этот термин), но эти последствия совершенно не совпадают с последствиями самого толкования; точно так же как поведение, предписанное законом, не тождественно последствиям, производимым актом законодательства.

Можно было бы возразить, что есть разница между законодательством и толкованием — в отличие от органа аутентичного толкования законодатель имеет конституционное полномочие. Однако данное различие исчезает, если мы примем во внимание, что толкователь также получает свои полномочия от

позитивизмом и естественным правом // *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 458–473).

высшей нормы. Несомненно, что эта высшая норма также является продуктом толкования, но то же самое имеет место в случае отношения конституции к законодателю. Если парламент принимает закон, то он ссылается на положение, значение которого он истолковывает как наделяющее парламент полномочием на законодательную деятельность. Когда парламент Четвертой Республики истолковал Конституцию 1946 г. как позволяющую принимать модельные законы, то эта ситуация ничем не отличалась от той, когда Конституционный Совет истолковал Конституцию 1958 г. как позволяющую проверять соответствие законов преамбуле Конституции. В данных двух случаях именно высшая норма управомочила орган толкования, хотя сама эта норма была результатом толкования.

В обоих случаях нет процедуры, которая позволила бы лишить силы эти акты толкования или лишить силы те нормы, которые были созданы на основе такого толкования (например, конституционные нормы, созданные Конституционным Советом, когда в силу решения 1971 г. он давал истолкование тем или иным положениям преамбулы). Поэтому здесь вполне допустимо говорить о нормативной эффективности.

3) Фактическая эффективность

Не менее странен и второй упрек, адресованный реалистической теории толкования. Он заключается в указании на то, что определение нормы через ее фактическую эффективность нарушает закон Юма. На самом деле данный упрек основан на идее, согласно которой определение или установление нормы означает ее предписывание. Если бы при определении нормы преследовалась цель именно предписывания, то тогда мы действительно имели бы дело с нарушением закона Юма, как если бы мы наблюдали, что предписанные определенными органами поведенческие акты фактически имеют место и выводили из этого наблюдения, что данные поведенческие акты должны иметь место.

Но здесь речь идет совсем о другом. Пферсманн рассуждает так, как если бы утверждение существования нормы означало то, что должно иметь место определенное поведение. Но на этот раз под критику, которую Росс обратил против Кельзена, попадает сам Пферсманн. Если критика Росса была безосновательна по отношению к Кельзену, то она вполне применима к Пферсманну. Согласно Россу, если некое правовое предложение (как его понимал Кельзен) утверждает, что некая норма является действительной, то это предложение утверждает, что есть объективная обязанность вести себя так, как предписывает норма. Иными словами, речь идет о предписании. Такое предписание имеет этическую природу. На самом деле, согласно Кельзену, правовые предложения ограничиваются только утверждением существования некой нормы в определенной правовой системе. Говорить о том, что такая норма объективно действительна или обязательна, означает не то, что должно полностью соответствовать норме, а только то, что если некто хочет вести себя сообразно действующему праву (а такая обязанность не может быть юридически обязательной), то он должен следовать предписанному поведению.

Говоря о том, что установление нормы означает ее предписывание, Пферсманн допускает именно ту ошибку, о которой писал Росс. Установление нормы не есть ее предписывание. Каким бы ни был критерий установления —

соответствие высшей норме (как у чистых учеников права), принятие согласно правилу признания (как у Хадда), поведение судей (как у реалистов), поведение субъектов (как у социологов) — речь все равно будет идти о том, что в рамках некоей правовой системы должно вести себя определенным образом. Речь тут не идет о предписании, поскольку такое предписание не относится к сфере действия правовой системы, — ведь не существует обязанности вести себя так, как предписывает норма. Тем более не является предписательным правовое предложение «Закон X соответствует конституции» — на нем нельзя построить цепочку рассуждений, которая привела бы к предписанию «должно соответствовать закону». Найденные путем наблюдения фактического поведения критерии не должны служить дескриптивными посылками для рассуждений, результатом которых будет предписание.

С учетом всего этого реалистическая теория толкования ни в коем случае не претендует (вопреки утверждениям Пферсмманна) на то, чтобы устанавливать нормы и органы аутентичного толкования при помощи критериев, взятых из «фактической эффективности». Если под «фактической эффективностью» понимать тот факт, что предписанные поведенческие акты действительно имели место, то нашей теории нет никакого дела до такой эффективности. Если конституция содержит положение, гарантирующее всеобщее равенство, и если некая властная инстанция истолковывает данное положение в смысле гарантии равноправия мужчин и женщин, то следует полагать, что существует норма, предписывающая равенство полов, поскольку данный акт толкования юридически не оспаривается. Здесь не важно, реализовано ли равноправие в реальных фактах или нет.

Именно поэтому для реалистической теории толкования нормативная и фактическая эффективность совпадают. Можно сказать, что некий акт толкования является аутентичным, поскольку норма, подлежащая применению другими властными органами, создана в результате данного акта толкования. Известно, что эти органы должны применять данную норму не только потому, что так приказывает орган толкования (например, верховный суд), но и потому, что существуют процедуры, позволяющие соответствующему властному органу налагать наказание за поведенческие акты, противные данной норме. Эти рассуждения ведут нас к последнему пункту критики Пферсмманна — «двойному регрессу».

4) Двойной регресс

Пферсмманн справедливо отмечает, что значение нельзя увидеть напрямую и что оно должно быть выражено с помощью высказывания. И когда некий орган истолковывает некое высказывание, то этот орган создает значение, создает норму, формулируя ее с помощью другого высказывания. Но поскольку данное высказывание — как любое высказывание вообще — само по себе является неопределенным, то оказывается невозможным установить, какая норма была создана органом аутентичного толкования, за исключением случая, когда правоприменительный орган не дает истолкование этого второго высказывания. Однако такое истолкование должно быть выражено через третье высказывание и т. д.

Та же самая критика иногда выражается в несколько иной форме: если норма определена не автором высказывания, а кем-то иным, действующим как толкователь, то реальным законодателем будет конечное звено в системе

истолкования (судья, полицейский или простой гражданин). И тогда можно сказать, что иерархия правового порядка превращается с ног на голову, поскольку действительность нормы зависит не от их соответствия высшей норме, а от принятия их стороны тех, на кого данная норма распространяет свое действие.

Эта критика была бы бесплодной, если бы она основывалась на понимании властных органов как независимых друг от друга и отстраненных от общественных отношений. Однако такое понимание противоречит действительности. Прежде всего, достаточно часто властные органы расположены в иерархическом порядке (как, например, суды или административные органы). В таком случае высказывание, с помощью которого вышестоящий орган толкует некий текст, вполне может стать предметом толкования со стороны нижестоящего органа, а также толкование — быть подконтрольным вышестоящему органу. Несомненно, данная властная иерархия организована с помощью подлежащих толкованию текстов. Но толкование таких текстов, как и любых других, осуществляется вышестоящим органом.

Может получиться так, что властные органы не будут напрямую организованы в иерархию и что акт толкования одного органа может стать предметом толкования другого органа. Но если второй орган не соглашается с толкованием первого, он все же лишен возможности ввести какие-либо санкции в этом случае. Возьмем в качестве примера ситуацию, когда конституция пересматривается для того, чтобы обойти решение конституционного суда. Допустим, что конституционный суд истолковывает конституционный закон о пересмотре конституции как неконституционный. Такое толкование определенные лица, в том числе входящие в состав законодательного органа, считают *contra legem*.⁴ Но при этом они не могут или не хотят принять новый закон о пересмотре конституции. В такой ситуации победу празднует толкование, данное конституционным судом. Иными словами, действующей конституционной нормой будет та, которая создана судом, если только суд не будет вынужден подчиниться фактическому давлению, осуществляемому через влияние на состав или на положение членов суда.

Впрочем, такая ситуация схожа с другой, когда два властных органа (например, два высших суда) дают разное толкование одному и тому же высказыванию. Поскольку преобладание одного органа над другим не является вопросом факта (т. е. один орган не подчинен другому), то нужно сделать вывод о том, что существуют две действующие нормы с разными адресатами.

Следует добавить, что вопрос об иерархии правового порядка (как ее понимал Кельзен) существенно не затрагивается реалистической теорией толкования. Те решения, с помощью которых органы, полномочные применять общие правовые тексты, определяют значение таких текстов (речь идет о нормах, которые данные органы формулируют), служат основой для юридической действительности нижестоящих решений по частным вопросам. Конечно, может существовать некая иерархия этих решений, но только в том случае, если она задана в рамках дискурса осуществляющих толкование органов. В то же время, если один из властных органов в состоянии навязать свой вариант толкования

⁴ Противозаконный (лат.). — Прим. пер.

другому делу, то между высказываниями разных властных органов создается недоразумение (по кельзенской схеме).

Поэтому две пункта критики со стороны Фердмана являются неосновательными. Реалистическая теория толкования не повинна в этой эпистемологической путанице. Напротив, наша теория ясно демонстрирует возможность существования науки о праве, сконструированной по модели эмпирической науки. Речь идет о науке, предметом которой является норма, понимаемая не как должностное, а как факт, как высказывание. Этот факт обладает своей спецификой: наука о праве описывает высказывания, объектом которых является определение нормативного значения других высказываний.