
М. Тропер*

Кельзен, теория толкования и структура правового порядка**

В творчестве Ганса Кельзена вопрос о толковании, как кажется, играет вторичную роль, — можно сказать, что это «маргинальный» для Кельзена вопрос. В своей первой важной теоретико-правовой работе «Основные проблемы учения о государственном праве» Кельзен не уделил внимания этому вопросу.¹ Нужно было ждать 1934 года, чтобы увидела свет статья под названием «О теории толкования»;² в том же году появилось первое издание «Чистого учения о праве», в которое включена короткая глава по этому вопросу. Также следует отметить, что названные статья и глава в книге рассматривают преимущественно проблему пробелов в праве. Во втором издании «Чистого учения о праве» толкованию посвящен лишь небольшой раздел на дюжину страниц, помещенный в приложение в конце работы. Впрочем, в этом разделе уже не поднимается вопрос о пробелах.³

По-видимому, содержание этих небольших материалов не будет сюрпризом для читателей, знакомых с чистым учением о праве или хотя бы с англосаксонскими доктринами толкования. Хотя здесь есть некоторые отличия. Например, если в обычном словоупотреблении «аутентичное толкование» означает толкование текста его автором, то у Кельзена под этим термином разумеется толкование со стороны правоприменительного органа. Также обычно вопрос о толковании рассматривается во взаимосвязи с судопроизводством, тогда как для Кельзена толкование «по необходимости сопряжено с процессом правоприменения в его движении от высшей к более низкой ступени». Но эти различия в концептуальном аппарате никоим образом не препятствуют выводу о том, что Кельзен применяет к этому классическому вопросу ключевые идеи,

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

** *Troper M. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique // Troper M. Pour une théorie juridique de l'État. Paris, 1994. P. 252–266.* — Первоначальный вариант статьи был опубликован в: *Troper M. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique // Revue Internationale de Philosophie. 1981. N 138. P. 518–529.*

Перевод с франц. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru). Перевод выполнен при финансовой поддержке РФФИ (грант 11-03-00637а).

¹ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze. 2. Aufl. Tübingen, 1923.*

² *Kelsen H. Zur Theorie der Interpretation // Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. 1934. N 8.*

³ Здесь мы цитируем текст второго издания согласно французскому переводу Шарля Эйзенмана (Daloz, 1962).

касающиеся структуры правового порядка. Идея, согласно которой норма является значением акта волеизъявления, приводит к другой идее: само толкование является актом воли, а не актом познания; тем самым получается разделение между аутентичным и научным толкованием. Равным образом и отказ от традиционной антиномии между правотворчеством и правоприменением вызывает к жизни вышеупомянутую идею, согласно которой толкование сопряжено со всеми стадиями процесса правоприменения.

Итак, кельзеновская теория толкования может быть сведена к нескольким положениям:

- a) толкование состоит в установлении смысла применяемой нормы;
- b) применяемая норма оставляет (вольно или невольно) множество вариантов толкования, в основном по причине неоднозначности лингвистического смысла самой нормы;
- c) необходимо отличать аутентичное толкование (со стороны правоприменительных органов) и неаутентичное (со стороны частных лиц и в особенности со стороны представителей науки о праве);
- d) неаутентичное (или научное) толкование вскрывает различные возможные значения применяемой нормы;
- e) аутентичное толкование состоит в выборе между множеством возможных значений, вскрываемых в ходе научного толкования; такое толкование творит право, даже если оно приводит только к созданию индивидуальных норм; поэтому данное толкование есть акт воли, а не познания;
- f) не существует такого метода толкования, который позволил бы установить «истинное» толкование.

Рассматриваемая теория как таковая никак не мотивирует комментаторов или критиков на ее исследование. Она демонстрирует мало оригинальности по сравнению с так называемыми «утилитаристскими» теориями.⁴ Вместе с тем, если всмотреться в теорию толкования, созданную венским мыслителем, то в ней есть место и нюансам, и слабостям. Кроме всего прочего, существует соблазн использовать эту теорию для того, чтобы переиначить кельзеновскую концепцию структуры правового порядка.⁵

Во-первых, в изложении Кельзена следует различать объект толкования, статус органа толкования и результаты деятельности по истолкованию.

Согласно Кельзену, объектом толкования является не что иное, как сама применяемая норма. Кажется, здесь игнорируется факт, который в традиционной концепции представляет собой малую посылку силлогизма судебного решения. Судье следует не только определить, подпадает ли некий факт под одну из категорий, предусмотренных нормой, но и (прежде всего) установить, имел ли место этот факт. Если, например, человека обвиняют в том, что он звонил из телефонной кабины с использованием некоего маневра, позволившего ему не платить за телефонное соединение, то перед ответом на вопрос о том, подпадает

⁴ По выражению Мишеля Виллея (*Villey M. L'interpretation dans le droit // Archives de philosophie du droit. T. 17. P. 4*).

⁵ Мы вынуждены здесь воздержаться от изучения противопоставления, которое Кельзен делает между познанием и волей. Это противопоставление недостаточно раскрыто в соответствующей главе «Чистого учения о праве», хотя и лежит в основе всей книги.

ли такой маневр под предусмотренные уголовным кодексом признаки кражи или мошенничества, необходимо установить, что факт такого маневра вообще имел место и что этот маневр совершил именно обвиняемый. Такая операция и составляет содержание судебного решения. В том смысле, который Кельзен вкладывает в это понятие, речь идет об акте волеизъявления. Подобный акт в качестве толкования права представляет собой результат фактической деятельности органа аутентичного толкования (например, коллегии присяжных в уголовном процессе). Поэтому орган аутентичного толкования имеет возможность создавать право. Здесь правотворчество может осуществляться не только путем определения лингвистического значения закона, но и, скажем, путем неприменения подобного закона. Таким образом, можно отменить смертную казнь, каждый раз решая, что обвиняемое в совершении убийства лицо не совершало преступление или же что есть смягчающие обстоятельства.

Однако идея, согласно которой именно применяемая норма является объектом толкования, вступает в абсолютное противоречие с кельзеновским определением нормы. По этому определению норма есть лишь значение акта волеизъявления.⁶ Если толковать значит определять значение, то норма не может быть объектом толкования. Очевидно абсурдной представляется идея, согласно которой можно определить значение значения.

Честно говоря, создается впечатление, что Кельзен предчувствовал эту критику. В вышедшей после его смерти работе «Общая теория норм» он писал: «Можно говорить о норме как о значении, поскольку значение акта волеизъявления также является значением некоей нормы. Определение значения нормы проблематично, если выражающее норму лингвистическое высказывание не ясно. Функция толкования состоит как раз в определении значения данной нормы... Такое толкование отвечает на вопрос о том, каково же точное значение тех слов, которые выражают норму. Но само это значение (значение нормы) отличается от значения того акта волеизъявления, о котором иносказательно говорят, что он "создает" норму, — тем самым говорится, что норма есть ее собственное значение, т. е. значение данного акта волеизъявления».⁷

Но данное различие между актом волеизъявления, нормой, с одной стороны, и значением нормы — с другой, не выдерживается в рамках самого чистого учения о праве.⁸

⁶ Норма является «значением некоего акта, с помощью которого некое условие запрещено, разрешено или дозволено» (*Kelsen H. Théorie pure du droit. 2 ed. Paris, 1962. P. 7*).

⁷ *Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979. S. 221.* — Впрочем, можно отметить, что, вопреки всем ожиданиям, Кельзен употребляет термины «смысл» и «значение» (*Sinn, Bedeutung*) как равнозначные.

⁸ Те акты волеизъявления, которые могут иметь значение норм, направлены на то, чтобы вызвать определенное поведение третьего лица (*Kelsen H. Théorie pure du droit. P. 6*): индивид А желает, чтобы другой индивид В вел себя тем или иным образом. Акт, с помощью которого выражается данная воля, при определенных обстоятельствах может иметь значение нормы, т. е. он «объективно» будет означать, что В должен вести себя так, как ему предписывает А. Обратимся к терминологии самого Кельзена: в таком случае не следует просто говорить, что «А хочет, чтобы В вел себя тем или иным образом». Нужно говорить: «А хочет, чтобы В должен был вести себя тем или иным образом». Если использованные А термины неясны и если поэтому непонятно, как должен вести себя В, то,

Если выражающее норму предложение неясно, то функция толкования заключается не в определении значения нормы, как ошибочно полагает Кельзен, а лишь в определении значения того предложения, которое выражает норму. Иными словами, объектом толкования является не норма, а текст; при этом невозможно провести различие между значением и содержанием текста. По словам самого Кельзена, идея нормы подразумевает, что должно иметь место определенное поведение и что только толкование текста позволяет установить, каким же должно быть это поведение.

То недоразумение, в которое впадает Кельзен, легко объяснимо. С одной стороны, он не может допустить того, чтобы объектом толкования был текст, поскольку такая постановка вопроса привела бы его к идее, согласно которой норма (т. е. значение текста) определяется не актом волеизъявления, осуществляемым согласно вышестоящей норме, а актом толкования. С другой стороны, Кельзен не может утверждать, что конкретное значение акта волеизъявления дано на момент осуществления такого акта, — это положение оказалось бы в противоречии с идеей создания нормы в процессе толкования.

В конце концов, Кельзен не может отождествить норму и текст, поскольку это означало бы возврат к вопросу о различии между актом волеизъявления и значением этого акта.

Следует привести доводы и в защиту Кельзена. Примем во внимание, что объектом толкования выступают «те слова, которые выражают норму», т. е. объект толкования — не сама норма, а текст.

Во-вторых, не отказываясь от утверждения о том, что толкование необходимо при применении любой правовой нормы, Кельзен, по сути, рассуждает исключительно о том толковании, которое осуществляется верховными судами. При этом он не обращает внимания на то особое положение органа, акты толкования которого могут подвергнуться проверке и изменению. Речь тут может идти как о нижестоящем суде, так и об административном органе.

Разумеется, нижестоящие суды и административные органы также могут осуществить толкование текстов, но в той степени, в которой их решения могут быть обжалованы, данные органы должны придавать тексту такое значение, которое будет тождественно значению, ранее выявленному верховным судом, или тому значению, которое скорее всего дал бы верховный суд, если бы рассматривал это дело. Таким образом, данные органы оказываются в положении, сравнимом с положением индивидов, которые должны повиноваться праву. С точки зрения таких индивидов, противопоставление аутентичного толкования толкованию неаутентичному лишено какой-либо прикладной ценности. Можно характеризовать акт толкования как акт волеизъявления — в той степени, в которой данные органы могут свободно выбирать между многочисленными значениями соответствующего текста для того, чтобы вывести в результате некое суждение. Одновременно акт толкования может быть охарактеризован и как познания, поскольку данные органы в действительности обязаны (под угрозой отмены их решения) выбрать то значение, которое уже было определено вышестоящим органом.

очевидно, невозможно сказать, что акт со стороны А означает, что В должен вести себя тем или иным образом, и что данный акт обладает значением нормы.

В конечном счете, кельзеновское противопоставление аутентичного и неаутентичного толкования далеко от ясности. Кельзен пишет, что аутентичное толкование создает право; при этом он имеет в виду не только толкование в форме закона или международного договора, но и такое толкование, которое исходит «от создающего право органа, даже если этот орган творит право только для конкретного дела, т. е. когда орган создает всего лишь индивидуальную норму или же налагает санкцию».⁹

Итак, по Кельзену, орган правоприменения (например, суд) создает только индивидуальные нормы. Для создания таких норм необходимо толкование текста, однако само по себе подобное толкование еще не творит норм. Но что при таких условиях позволяет говорить, что это толкование отличается от толкования неаутентичного и что оно есть акт волеизъявления?

Если утверждать (собственно, это и следует делать), что аутентичное толкование само по себе имеет креативный характер (и не только по причине того, что оно предшествует созданию индивидуальных норм), то нужно констатировать, что таким толкованием создаются не индивидуальные, а общие нормы.

Определить значение некоего текста, который устанавливает предписание (не для отдельно взятого индивида или небольшой категории поименно обозначенных лиц, а для некоей категории лиц), значит установить норму, которая может быть выражена в данном тексте и которая является общей нормой. Разумеется, издающий такую общую норму суд использует ее для того, чтобы извлечь индивидуальную норму, содержащуюся в ней. Но при этом суд одновременно создает право, как минимум, на двух уровнях: он издает и общую, и частную норму.

Напрасно возражать на это, что общая норма, изданная при помощи толкования, является нормой только применительно к конкретному делу, что она может быть изменена при новом судебном разбирательстве, что принадлежащие к данному правовому порядку индивиды не обязаны подчинять свое поведение такой норме. Нужно отметить, что если толкование дается верховным судом по некоему конкретному делу, то такое толкование также предназначено для всех схожих дел, которые возникнут в будущем. В пользу этого вывода свидетельствует то, что нижестоящие суды и принадлежащие данному правовому порядку граждане обязаны соблюдать эту норму под угрозой отмены решений (для судов) или наложения наказания за запрещенное поведение (для граждан). Впрочем, таково действие всего судебного решения, по отношению к которому трудно предположить, что оно ограничивается созданием только индивидуальных норм.

В целом представляется возможным и необходимым реконструировать кельзеновскую теорию толкования следующим образом:

- a) объектом толкования также являются факты;
- b) объектом толкования является не норма, а текст;
- c) толкование осуществляется всеми правоприменительными органами;
- d) в качестве аутентичного должно рассматриваться толкование, даваемое судом последней инстанции, поскольку здесь создается общая норма, которая и является значением применяемого текста;

⁹ Ibid. P. 461.

е) эта общая норма обязательна для нижестоящих судов, для индивидов и властных органов, подчиненных юрисдикции данного суда.

Та теория толкования, которую мы сейчас подвергнем испытанию для проверки ее соответствия концепции структуры правового порядка, не изложена в данном виде самим Кельзеном; однако он должен был изложить ее таким образом, чтобы остаться верным своему определению правовой нормы (не как лингвистического высказывания, а как значения).

Согласно чистому учению о праве все нормативные системы устроены иерархически. Можно выделить два типа таких систем: статические и динамические. «В системах первого типа нормы являются действительными в силу определенного основания, что означает, что их действительность может быть выведена из другой нормы, по отношению к которой эти нормы выступают как частное по отношению к общему».¹⁰ Напротив, в динамических системах нормы признаются действительными не по причине того, что они имеют определенное содержание, а потому, что они были созданы определенным способом.

К какому же типу принадлежит правовой порядок? В этом отношении позиция Кельзена до конца не понятна. Так, он пишет, что «для систем норм, которые предстают в качестве правовых порядков, характерен динамичный характер».¹¹ Но при этом утверждает, что «те общие нормы, которые должны быть применены судами и административными органами, имеют двойственную функцию: (1) определить органы и установленную для них процедуру; (2) определить содержание тех индивидуальных норм, которые должны быть созданы в рамках судебного или административного процесса».¹²

Кажется, что эти два тезиса могут быть примирены двумя способами.

(1) Только основная норма нормативной системы позволяет отнести эту систему к тому или иному типу. Нормативная система статична в том смысле, что из основной нормы можно вывести содержание других действительных норм этой системы. Нормативная система динамична в том смысле, что основная норма ограничивается установлением порядка создания других норм. Поэтому по своей сущности правовой порядок динамичен: даже если нижестоящий орган должен применить некую общую норму, определяющую содержание той нижестоящей нормы, которую создает данный орган, тем не менее такая нижестоящая норма логически не выводима из самой основной нормы.

(2) Кроме того, лежащая на судах и административных органах обязанность применять не только процессуальное, но и материальное право не означает, что нижестоящая норма обретает юридическую действительность за счет своего содержания. Если такая норма введена в действие, то она действительна, независимо от своего содержания, при условии что она принята в порядке, предписанном основной нормой. То же самое можно сказать и о вступивших в законную силу судебных решениях, и о других нормах, которые сохраняют юридическую действительность до момента отмены.

Но именно здесь дают о себе знать скрытые посылки данной теории толкования. Если правоприменительный орган актом своей воли свободно определяет

¹⁰ Ibid. P. 258.

¹¹ Ibid. P. 261.

¹² Ibid. P. 310.

значение применяемого им текста и если такое значение является не чем иным, как нормой, то отсюда следует, что именно данный правоприменительный орган издает общую норму, которая определяет содержание нижестоящей нормы, создаваемой тем же органом. Иными словами, если под законом понимать не акт волеизъявления законодателя и не опубликованный в официальном журнале текст, а ту норму, которая в данном тексте содержится, тогда получается, что издает закон не законодатель, а судья.¹³ Если в качестве такого судьи выступает верховный суд, который может контролировать акты толкования со стороны нижестоящих судов, то верховный суд, очевидно, издает общую норму. Более того, следует отметить, что такое законодательствование со стороны верховных судов обладает обратной силой, поскольку судья применяет норму, которую он определил с помощью толкования или под прикрытием толкования, к тем фактам, которые имели место после издания текста закона, но до акта толкования этого текста.

Далее, если закон определяет содержание создаваемой судьей индивидуальной нормы, то под законом понимается не некий закон, созданный иным властным органом, — речь идет именно о той норме, которая является значением законодательного текста и которая определена самим судьей.

Если же мы распространим выводы, сделанные по поводу толкования, на вопрос о действительности закона, то нельзя не заметить одного очень важного следствия. Акт волеизъявления для автора такого акта может иметь субъективное значение нормы, но автор такого акта будет создателем нормы, только если он способен наделить этот акт и «объективным» значением, т. е. сделать данный акт нормой с точки зрения некоего правового порядка. Кельзен допускает, что объективное значение нормы является как результатом соответствия этой нормы некоей вышестоящей норме, так и результатом того, что акт волеизъявления был совершен согласно процедуре, предписанной вышестоящей нормой.

Но если значение такого акта (например, значение законодательного акта) определено правоприменительным органом, то отсюда неизбежно следует, что действительный юридический закон есть объективное последствие некоего акта в том виде, в котором это объективное последствие определено судьей. Юридическое бытие законодательной нормы не есть следствие соответствия этой нормы конституции — такое бытие является следствием толкования,

¹³ Очевидно, что здесь мы присоединяемся к очень старой теории, развиваемой Д. Греем, которую Кельзен пытался опровергнуть, но совершенно безуспешно (*Kelsen H. General Theory of Law and State. New York, 1961. P. 153–155*). Аргументация Кельзена проста: нижестоящая норма принадлежит тому же правовому порядку, что и более общая законодательная норма; первая норма соответствует второй. Но если решение суда принимается в последней инстанции, то оно не может рассматриваться как противоречащее закону, поскольку именно этот закон был объектом аутентичного толкования. В действительности теория, которая в качестве истинного законодателя рассматривает толкующий закон орган, не подразумевает, как пытается это представить Кельзен, наличия противоречия между нижестоящей нормой и «истинным» смыслом закона. Напротив, эта теория утверждает, что вообще не существует никакого истинного смысла и что, следовательно, закон не обладает иным значением, кроме того значения, которое было выявлено органом толкования. Таким образом, получается, что нижестоящая норма всегда соответствует вышестоящей.

данного судьей. Действительность не задается вышестоящей нормой, а является результатом процесса создания нижестоящих норм.

Очевидно, что в данной ситуации появляется соблазн возразить, что подобная аргументация окажется несостоятельной, если рассматривать вышестоящую норму не как норму, предписывающую некое конкретное содержание вышестоящей нормы, а как норму, управомочивающую властный орган создать нижестоящую норму. С этой точки зрения, нижестоящий властный орган, например суд, по-видимому, будет применять вышестоящую норму, созданную законодателем. В частности, это будет проявляться в том, что данная вышестоящая норма наделяет судью компетенцией аутентичного толкования текста.

Иными словами, если мы воспользуемся часто применяемым Кельзеном методом, мы сможем утверждать, что (1) закон определяет содержание создаваемых индивидуальных норм, но (2) если иметь в виду содержание этих норм, то он содержит альтернативные предписания. Это проявляется в том, что закон определяет органы, правомочные создавать индивидуальные нормы, и наделяет эти органы правом на аутентичное толкование. Так, закон может предписать, чтобы правоприменительный орган создавал индивидуальные нормы с определенным содержанием либо же создавал нормы с любым содержанием.¹⁴

Здесь следует заметить, что закон, о котором мы говорим, является лишь текстом, который должен быть объектом толкования. Путем такого толкования судебный или административный орган полностью определяют значение закона, т. е. не только ту норму, которая предписывает наделять нижестоящие нормы определенным содержанием, но и ту норму, которая наделяет эти органы компетенцией установления предмета толкования и компетенцией его истолкования. Таким образом, судебная власть сама определяет собственную компетенцию. Здесь можно привести множество примеров, начиная с Верховного суда США и кончая Конституционным советом Франции, которые самостоятельно наделили себя компетенцией путем истолкования текстов, в силу которых данные органы были созданы.

Остается проанализировать последнее возражение: если административные или судебные органы определяют свою собственную компетенцию, тем не менее для того, чтобы данные органы могли это делать, чтобы они вообще существовали, необходимы нормы, в силу которых учреждаются такие органы.

В данном аспекте следует изучить то, что понимается под «существованием» некоей властной инстанции или органа, учрежденных в силу норм.

Многие конституционные и законодательные тексты содержат типичные положения: «Учреждается такой-то властный орган» или «Создается такой-то властный орган, который...». Данные тексты можно анализировать как нормы, предписывающие определенным индивидам назначать других индивидов; последние и будут образовывать состав учрежденного таким образом органа. Индивиды, наделенные правом назначения других индивидов, могут действовать согласно соответствующему предписанию, а могут действовать и вопреки ему. Поэтому существование властного органа и та способность, которой он наделен для определения своей собственной компетенции, зависят не от некоей вышестоящей нормы, а от простого факта.

¹⁴ См., напр.: *Kelsen H. General Theory of Law and State. P. 155–156.*

В связи с этим в эпохи нестабильности нередко индивиды сами создают некий властный орган, который замещает органы, созданные согласно действующим правовым текстам, или сосуществует с ними. Не меняя сами тексты, новый властный орган может истолковывать эти тексты так, чтобы наделить себя широкими полномочиями. Такая ситуация отличается от ситуации с революцией, где изменяется конституция и создается новый правовой порядок. Здесь мы имеем в виду случаи с правительством, которое создается повстанцами и замещает законное правительство. В этих случаях конституция не отменяется и не пересматривается, но новое правительство истолковывает ее положения так, чтобы осуществлять те же функции, что и прежнее правительство, либо (что случается чаще) так, чтобы иметь гораздо более широкие полномочия.

Следовательно, существование некоего властного органа всегда есть вопрос факта. Именно этот властный орган наделяет тексты и, в более широком смысле, поведенческие акты (например, обычаи) значением, так что эти тексты и акты существуют как нормы, предписывающие, запрещающие или позволяющие определенное поведение.

Если выражение «юридически действительная норма» указывает на объективное значение нормы, регулирующей определенный поведенческий акт, то действительность нормы не является результатом ее соответствия некоей вышестоящей норме. Норма обретает свою юридическую действительность в результате деятельности по ее истолкованию, которой занимается некий фактически существующий властный орган.

Разумеется, данный вывод распространяется только на нормы, возникающие в результате деятельности органов, наделенных правом на аутентичное толкование (т. е. верховных судов), и не касается тех органов, чьи интерпретационные акты находятся под контролем. Таким образом, не стоит отказываться от метафоры пирамиды норм, нужно просто модифицировать ее. Правовой порядок формирует столько пирамид норм, сколько существует порядков судопроизводства; вершину каждого такого порядка образуют те нормы, которые устанавливаются путем толкования соответствующим верховным судом.

Пожалуй, нет необходимости указывать на те преимущества, которые можно извлечь из подобной концепции. Если создание юридических норм связано, в конечном счете, с простыми фактами, то, с одной стороны, можно отказаться от гипотезы основной нормы, а с другой — теоретически обосновать соотношение права и фактов.