

Antonov Mikhail. About key elements of Pure Theory of Law of Hans Kelsen

Автор данной статьи ставит своей задачей суммировать основные положения правового учения австрийского правоведа Ганса Кельзена. Концепция Кельзена является многогранной, она предполагает не только (формально-)юридическое, но и социологическое, философское, культурологическое, политологическое осмысление права. При этом мыслитель проводит чрезмерно строгое различие между разными научными дисциплинами, призванными изучать право – что явилось одним из основных мотивов для критики кельзеновского чистого учения о праве. Юридический подход Кельзена отвечал потребностям деидеологизации научного знания о праве, отказа от эссенциализма при объяснении права и государства; для своего времени эти идеи представляли собой ценнейшие разработки, которые во многом предопределили содержание философско-правовых дискуссий в 20 веке. Если оценивать теорию Кельзена в перспективе современного социального знания, то предлагаемый мыслителем подход к праву вполне совместим с неклассической научной парадигмой.

The author of this paper aims at summing up the key elements of legal doctrine developed by the Austrian legal thinker Hans Kelsen. Kelsen's theory is multifaceted and it admits not only (formally) juridical but also sociological, philosophical, cultural, political understandings of law. Although, this thinker draws an exaggerated distinction between different scientific disciplines – drawing this distinction served as the main reason for criticizing his conception of law. The juridical ideas introduced by Kelsen were in accordance with the need of science of law in deideologization of legal science and in abandoning essentialism when explaining law and state. For that époque these ideas served as valuable instruments which gave way to further philosophical discussions about law in the 20th century. Reassessing Kelsen's theory in the perspective of the contemporary social sciences, one can conclude that the approach to law advocated by Kelsen is fairly compatible with the non-classical scientific paradigm.

KEY WORDS legal science, normative philosophy of law, legal norm, imputation, causation, legal order, ideology, pure theory of law, Kelsen, legal positivism

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА правоведение, нормативная философия права, правовая норма, вменение, казуальность, правопорядок, идеология, чистое учение о праве, Кельзен, правовой позитивизм

Разработка чистого учения о праве — по сути, учения о правовых нормах — была центральной темой творчества Ганса Кельзена, хотя и не единственной.¹ Научную программу деидеологизации знания о праве, изучения права как самозаконного регулятивного механизма, разграничения сфер нормативного и фактического, преодоления дуализма права и государства Кельзен обозначил уже в своем первом крупном исследовании 1911 года, «Основные проблемы учения о государственном праве, развитого с точки зрения учения о юридическом правиле» — в этом «критическом исследовании, нацеленном на важнейшие проблемы государственного права».² Уже после этой публикации стали ясны основные очертания критической программы правового учения Кельзена, направленной на развенчание идеологических догм и предрассудков о праве.³ Промежуточный итог реализации этой программы подвело в 1934 году первое издание «Чистого учения о праве».⁴ С течением времени Кельзен пересматривает отдельные элементы своего учения о праве; наиболее значительными результатами такого

* Данное исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ (грант 11-03-00637а).

¹ В настоящей статье мы принципиально не будем останавливаться на тех многочисленных и интересных идеях и концепциях, которые Кельзен развивал в области международного и государственного права, на его теории демократии, справедливости, конституционного правосудия, социологии знания, а также на других важных, но напрямую не связанных с чистым учением о праве моментах.

² *Kelsen H. Autobiographie (1947) // Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 37.*

³ Именно такая критика была основным содержанием «Основных проблем...» 1911 года. Кельзен находил в науке государственного права того времени «ужасную путаницу различных вопросов, постоянное смешение этих вопросов, отождествление вопроса том, что есть позитивное право, с вопросом о том, каким оно должно быть с той или иной мировоззренческой позиции..., увязывание вопроса о том, как должны действовать субъекты позитивного права, с вопросом о том, как они ведут себя в действительности» (*Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze // Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2008. Bd. 2. S. 62*).

⁴ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. Leipzig; Wien, 1934 (Кельзен Г. Чистое учение о праве. 1-е изд. // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / пер. с нем. Антонова М.В.).*

пересмотра являются второе издание «Чистого учения о праве» 1960 года,⁵ а также наброски новой теории норм, которые были опубликованы в 1979 году, уже после смерти Кельзена, под названием «Общая теория норм».⁶

Суть этой научной программы заключалась в последовательном очищении правоведения от элементов фактичности при помощи неокантианского деления между науками о природе и науками о духе, причинно-следственными науками и нормативными (идеографическими) науками, нормами и ценностями.⁷ В основе данной программы лежала неокантианская убежденность Кельзена в том, что разные методологические подходы приводят к конструированию разных предметов научного исследования — право как предмет юриспруденции будет содержательно отлично от права как предмета социологии или психологии. Эти предметы не имеют точного коррелята в реальной действительности — это лишь научные конструкции, вводящие единство в процесс познания; значения, приписанные предметам со стороны субъекта познания.⁸ Не то чтобы Кельзен пытался отрицать фактическое измерение права,⁹ либо объявить исследование этого измерения антинаучным — его идея заключалась в создании отдельной прикладной дисциплины, которая занималась бы последовательным описанием права «таким, каково оно есть» с точки зрения специфической методологии юриспруденции.

Здесь Кельзен стоит на почве правового позитивизма XIX века, направленного против естественно-правового взгляда на право, развивая и радикализируя позитивистские установки. Чем рассуждения об идеальной природе права (как выражения справедливости) отличаются от рассуждений о праве как механизме социального контроля или как психологической проекции? Все эти подходы к праву грешат эссенциализмом, который не подходит для строгой науки о праве. Разумеется, сам Кельзен, как и любой другой исследователь, подходил к праву с уже заданной системой представлений о сущности, природе права (в целях юридической реконструкции понимаемого как нормативный порядок принуждения, в общем и целом обладающий действительностью¹⁰). Такая система постигается не интуитивно, а путем рационального познания, путем выдвижения, проверки, принятия или опровержения гипотез; более того, эта система необходимым образом основана на неких исходных аксиомах. Чистота кельзеновского учения о праве означает не отсутствие таких аксиом (что невозможно для научного знания), а критическим отношениям к этим аксиомам — не возведение их в ранг необходимых условий существования права, а рассмотрение их в качестве возможного, альтернативного способа обоснования и объяснения права.

Методологическую основу для такого проекта Кельзен находит в особой связке между фактами, которую устанавливает наука о праве — вменение или приписывание (*Imputierung, Zuschreibung*). Это — характерная только для правоведения нормативная гипотеза о связи между нарушением правил и последствием, которое должно последовать в силу нормы. Вменение связывает между собой два акта человеческого поведения, это — «связь некоторого поведения с правовым последствием через особую систему правовых смыслов».¹¹ Собственно нормой (в отличие от факта) является «смысл акта вменения,

⁵ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Wien, 1960 (*Чистое учение о праве* Г. Кельзена. Сборник переводов. М., 1987-1988 / Пер. с нем. Лезова С.В., Пивоварова Ю.С.).

⁶ *Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979.

⁷ См.: *Paulson S. L.* Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer // Neukantianismus und Rechtsphilosophie / Alexy R. et al. (hrsg.). Baden-Baden, 2002. S. 223-251.

⁸ *Kelsen H.* Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. S. 124.

⁹ Возможность изучения такого измерения права было, в частности, обоснована в социологическом исследовании Кельзена о происхождении научного мышления (*Kelsen H.* Vergeltung und Kasualität: Eine soziologische Untersuchung. Chicago, 1941; и расширенный английский перевод: *Kelsen H.* Society and Nature. A Sociological Inquiry. London, 1946), хотя в общих чертах они были сформулированы еще в 1911 году в «Основных проблемах учения о государственном праве».

¹⁰ *Чистое учение о праве* Г. Кельзена. Сб. переводов. Вып. 1. М., 1987. § 4.

¹¹ Там же. С. 50.

которым нечто предписывается и, следовательно, которым между фактами впервые устанавливается функциональная связь, описываемая правовым высказыванием [юридическим правилом — М.А.]».¹² При этом важно, что такой смысл не является некоей трансцендентной вещью в себе, он раскрывается исследователю, юристу в системе права, в правопорядке. Речь идет о сугубо инструментальном понимании права, об описании права таким, каким его видят юристы, а не философы (Кельзен любил подчеркивать, что его чистое учение лишь переводит на научный язык то, что о праве думают обычные юристы и описывает то, как они с ним работают¹³), об изучении права в его конкретике, в процессах создания и применения, а не с точки зрения идеалов и идеологий.

Прием, который предлагал Кельзен, был неоригинален в контексте современного ему правоведения. Он заключался в условном разделении нескольких методов познания права — умозрительного теоретизирования о сути и модусах бытия права (теория и философия права), эмпирического исследования конкретных форм проявления права в социальной жизни путем применения к праву категорий причинно-следственной связи (социология права), выбора и критики идеалов и ориентиров развития права (политика права или правовая идеология), изучения нормативного устройства и механизма правового порядка через категорию вменения как особой формы должностования (учение о нормах права, *Rechtslehre*). Разумеется, водораздел между этими методами условен и никак не совпадает с эмпирическими границами права как фактического социального явления. Своеобразие позиции Кельзена заключается разве что в ригоризме проводимого им деления — в полном абстрагировании этих методов изучения права друг от друга. И именно с этим ригоризмом (а не с целесообразностью обособления и конкретизации разных методов познания права, выделения для этого нескольких научных дисциплин) связана большая часть критики, обращенной против Кельзена. Вопрос здесь, стало быть, в мере, а не в принципе — до какой степени допустима автономизация наук о праве, а не о том, что сугубо догматическое, юридико-техническое описание норм права требует другого методологического и концептуального инструментария, чем, скажем, социологическое исследование относительной эффективности правовых норм.

При этом Кельзен никогда не предполагал возможности самоизоляции чистого учения о праве от данных других наук о праве — это достаточно четко видно хотя бы в том, что бытие права для него связано с минимумом действительности правопорядка, которую возможно установить лишь социологическими методами (см. ниже). Ученый полагал возможным также исследование взаимосвязи между отдельными политическими режимами и эффективностью, гарантированностью правового порядка — чему доказательством его пространные рассуждения о демократии.¹⁴ Кельзен задумывался и об общественных идеалах (справедливости и пр.), об их влиянии на развитие правовых порядков — этому вопросу он также посвящает объемное исследование.¹⁵ И, конечно, этому правоведу не были чужды философские вопросы о сущности права, об его отличиях от других социальных регуляторов, о природе нормативности. Позиция мыслителя относительно автономии учения о праве может быть понята в правильном, а не карикатурном виде, только с учетом положения посылок этого учения в общей системе представлений Кельзена о праве как об особом социальном методе контроля человеческого поведения путем нормированного применения принуждения.¹⁶

¹² Там же. С. 53. В квадратных скобках дан вариант перевода автора данной статьи.

¹³ «Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1 Aufl. S. 67*).

¹⁴ Напр., сборник: *Kelsen H. Verteidigung der Demokratie. Tübingen, 2006*.

¹⁵ Напр., работы, представленные в сборнике: *Kelsen H. What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Berkeley; Los Angeles, 1957*.

¹⁶ Кельзен неизменно выделял два основных признака, за счет которых право отличалось от морали и других социальных регуляторов. Во-первых, реакция правопорядка на определенные поведенческие акты с помощью запрета таких актов под угрозой наказания; во-вторых, связь такой реакции и соответствующих санкций с основанием действительности всего правопорядка — основной нормой.

В качестве методологической основы чистого учения о праве изначально выступали четыре основных посылки: неокантианское учение о двух мирах (непересекающихся между собой сферах долженствования и бытия), ценностный релятивизм,¹⁷ постулат о невозможности объективного обоснования значения нормативных текстов, рассмотрение права в качестве принудительного нормативного порядка. Отсюда выводились три ключевых задачи: очищение науки о праве от идеологии, борьба против методологического синкретизма (смешения юридического метода познания права с методами других социальных наук) и выведение за пределы предмета науки о праве всего того, что с правом в юридическом смысле не связано.

Отделение мира должного от мира сущего в ракурсе чистого учения о праве¹⁸ позволяло выделить две базовые категории в описании правового порядка: действительность (валидность, *Geltung*) и действенность (эффективность, *Wirksamkeit*) права. Под действительностью правовых норм Кельзен понимает их специфически обязывающий характер, вводимое ими нормативное долженствование (вменение),¹⁹ тогда как действенность означает фактическую эффективность норм права в социальной жизни, их силу как фактора, обуславливающего поведение людей. Раздельность этих двух сфер права (но не сводимость всего права только к одной из них) означает, что действительность правовой нормы не выводима из сущего, из фактического состояния общества — она может вытекать только из более высокой нормы, из должного. Этот вывод приводит Кельзена к утверждению динамического характера права — к учению о ступенчатом устройстве (*Stufenbau*) правового порядка. Это учение, заимствованное Кельзеном у своего ученика Адольфа Меркля,²⁰ означало рассмотрение правопорядка не как совокупности правовых норм, а как многоуровневой системы создания и применения права. В качестве концептуальной основы учения о динамическом устройстве правового порядка выступает идея о способности права создавать и уничтожать себя через самореферентную структуру связей между правовыми нормами. В этой перспективе создание права представляется как последовательная индивидуализация и конкретизация правовых норм — «общие правовые нормы» (законодательные предписания) конкретизируют свое содержание применительно к отдельным ситуациям через «индивидуальные правовые нормы» (судебные и правоприменительные акты), через сделки, через акты использования права.

¹⁷ Этот момент кельзеновского учения зачастую встречал непонимание и безосновательную критику за аморализм. Моральный скептицизм Кельзена не означал отрицания существования ценностей, а лишь сомнение в существовании абсолютных ценностей. Точнее, этот скептицизм выражался не в утверждении о невозможности абсолютных ценностей как таковых, а в отрицании общезначимости за попытками возвести чьи-либо суждения и высказывания о ценностях в ранг абсолютной, объективной истины. В этом смысле освобождение права от необходимой связи с моралью, наоборот, налагало на человека большую ответственность за свои поступки — если право может быть не только моральным, но и аморальным, то человек не может уклониться от нравственного выбора при выполнении правовых предписаний. Он морально ответственен и за те поступки, которые он совершает в формальном соответствии с законом, и может нести моральную обязанность воздержаться от формально разрешенных или даже обязательных, но несовместимых с нравственностью поступков (ср.: *Kelsen H. Was ist Gerechtigkeit? Wien, 1975. 2 Aufl.*).

¹⁸ В этом делении Кельзен исходит из аналитического, а не фактического деления сфер бытия и долженствования — это лишь эпистемологический прием, но не реальное противопоставление двух сфер, что часто забывается критиками. Говоря в 1911 году в «Основных проблемах учения о государственном праве» о «непреодолимой пропасти», отделяющей мир Должного от мира Сущего, Кельзен подчеркивает, что это — «формально-логическое противопоставление, которое может быть проведено только постольку, поскольку соблюдаются границы формально-логического исследования» (*Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze. S. 29*).

¹⁹ При этом долженствование для мыслителя означает сразу несколько модальностей — не только обязывание или запрещение, но и дозволение, правомочие, утрату юридической силы (ср. *Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. S. 76ff.*).

²⁰ Это заимствование не было полным, Кельзен переработал учение Меркля, подстроив его под свою правовую теорию (ср.: *Behrend J. Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens // Schriften zur Rechtstheorie. 1977. Bd. 65*).

По мысли Кельзена, как правоприменители, так и обычные субъекты права, заключающие между собой сделки, участвуют в создании права. Степень такого участия может варьироваться в зависимости от меры автономии, предоставляемой вышестоящей нормой, из которой выводится компетенция правоприменителей или сторон сделки. Подобная автономия является неотъемлемой чертой права, поскольку содержание индивидуальной нормы не может быть полностью определено общей нормой, которая есть лишь рамка, заполняемая конкретным содержанием на стадии правоприменения. А это означает, что нормативные тексты (законы и т.п.) не обладают заранее заданным, фиксированным значением, которое судье предстоит логически «вывести» из нормы и применить к конкретному делу. Конструирование индивидуальных норм не есть результат знания о некоем объективном содержании вышестоящих правовых норм, оно не есть также результат логических операций (сходство формы механизма вменения с логическим силлогизмом есть лишь поверхностное, поскольку эти формы выполняют различные функции²¹). Кельзен утверждает, что «конкретное действие получает свой специфически юридический смысл, свое собственное правовое значение в силу существования некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этим действием, наделяя его правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования».²² Для Кельзена это подтверждается еще и тем, что судья (иной правоприменитель) всегда сохраняет свободу решить, подходит ли общая рамка правовой нормы для данного конкретного факта — иными словами, может ли этот конкретный факт быть квалифицирован в качестве юридического со ссылкой на ту или иную норму права. В любом случае (находит ли судья такую правовую норму подходящей или неподходящей для данного факта) имеет место процесс правоприменения — само то, что судья расценивает некий факт как не связанный с условиями действия некоей правовой нормы, означает применение этой нормы. С этой точки зрения содержание решения суда невозможно дедуцировать из закона, равно как содержание конкретного закона невозможно дедуцировать из конституции — на каждой ступени правоприменения продолжается творческое конструирование норм права, причем акторы остаются свободны в конкретизации содержания норм. Так, Кельзен замыкает циркулярную схему описания действия права — в силу своей нормативной структуры право постоянно порождает себя само.

Учение Кельзена о норме преследует цель не описания права таким, каким оно находится в фактически существующих правовых текстах, а конструирование схемы, позволяющей обособить нормы от самих текстов.²³ Право для позитивной науки дано только в социальной практике. В этой социальной практике наблюдатель может заметить, что люди рассматривают свое поведение как связанное с правом по той причине, что такое поведение имеет определенное значение (смысл), отражающий порядок долженствования. Здесь можно различать между субъективным смыслом (*Sinn*) и объективным значением (*Bedeutung*) правовых норм. Цель любого акта правотворчества мыслится его авторами в создании предписания, которое будет нормой права и будет устанавливать юридически обязывающие нормативы поведения для определенных лиц. Объективное (то есть не зависящее от усмотрения его авторов) значение акта правотворчества заключается в том, что этот акт приписывается, вменяется материальной конституцией в качестве правового. В том, что касается индивидуальных норм, также

²¹ Здесь следует учитывать, что силлогизм, дедукция и другие методы логики для Кельзена неприменимы для объектного языка права – норм, устанавливающих обязательное поведение, но вполне могут использоваться в метаязыке, то есть в теории (учении) права – при описании права, норм и других элементов правовой реальности. Поэтому, описывая правопорядок в виде логически последовательной системы и в то же время утверждая о невозможности применения логики для объяснения механизма применения и создания права, Кельзен не впадал в противоречие.

²² Чистое учение о праве Г. Кельзена. Вып. 1. С. 8.

²³ См.: Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze. S. 258ff.

следует различать субъективный смысл (решение правоприменителем конкретного правового спора) и объективное значение (юридическая невозможность пересмотра такой нормы в рамках данного правопорядка). Особый случай здесь представляют сделки, условия которых также создают индивидуальные нормы. В отличие от правоприменительных актов, юридическая сила вытекающих из сделок индивидуальных норм зависит не от объективного значения воли совершивших этот акт лиц, а от связки между этими индивидуальными нормами и предписаниями позитивного права, которые устанавливают санкции за нарушения таких норм (условий договора).

Эта динамичная черта любого правопорядка означает для Кельзена единство процессов правотворчества и правоприменения — любой акт применения вышестоящей общей нормы одновременно означает создание нижестоящей индивидуальной нормы, и так далее вплоть до последнего акта фактического принуждения (к примеру, опись имущества приставом или заключение преступника в тюрьму). Если принять кельзеновское видение этого процесса, то не существует существенного различия между законодательствованием и судоговорением: эти виды деятельности образуют элементы единого процесса. Различие между ними лишь количественное, а не качественное: законодатель имеет большую свободу усмотрения, чем правоприменитель.²⁴ Относительное значение этих видов деятельности в данном процессе зависит от степени централизации правового порядка. Возможны централизованные правопорядки, в которых законодатель стремится максимально ограничить свободу судейского усмотрения и прописывает общие нормы материального права с высокой степенью детализации. Возможны и децентрализованные правопорядки, где законодатель ограничивает себя указанием на процессуальные правила и общие принципы материального права, оставляя правоприменителю конкретизацию этих правил и принципов. Ну а большинство развитых правопорядков представляют собой нечто среднее между этими двумя типами.

С учетом того, что нормы не являются высказываниями, а выражают смысл актов человеческой воли, они принадлежат к сфере долженствования, а не бытия; они могут быть действительными или недействительными, но к ним не могут быть применены логические критерии истинности (закон логического непротиворечия, исключения третьего и т.п.). Таким образом, общая форма долженствования может быть заполнена любым мысленным содержанием, путем толкования общей нормы может быть создана любая индивидуальная норма. Юридическая действительность такой индивидуальной нормы (скажем, судебного решения) будет зависеть от компетенции судьи, а не от правильности или неправильности процесса его логической аргументации, от соответствия или несоответствия судебного решения и текста закона, на который ссылается это решение.²⁵ Правовая наука может лишь описать конфликты между нормами, указать на дефекты тех или иных правоположений. Но она должна воздержаться от суждения о действительности или недействительности норм в зависимости от своего понимания логики норм, оставив такое суждение правоприменителям.²⁶ Как мы видим, возможность оценки соответствия или несоответствия низшей нормы по отношению к высшей не исключается в чистом учении о праве, но только лишается объективной основы — решение правоприменителя о таком (не)соответствии будет актом воли, а мнение правоведа — лишь неverified предположением. При этом не стоит забывать, что нормативно-правовая система у Кельзена была лишь интеллектуальной конструкцией, описывающей связи между нормами в перспективе их подчиненности

²⁴ Правоприменитель должен принимать во внимание нормы, созданные законодателем — у самого законодателя такой позитивно-правовой обязанности нет.

²⁵ Ср.: Varga C. Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre. Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1990. No 76.

²⁶ Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. S. 179.

гипотетической основной нормой, а единство правопорядка означало единство процесса познания права.²⁷

Любая жизненная ситуация, любой факт потенциально урегулированы правопорядком. Такое регулирование может быть позитивным (если есть норма, устанавливающая более или менее широкие рамки для квалификации таких фактов), либо негативным (если такой нормы нет). Судья, руководствуясь нормой, определяющей его компетенцию, может разрешить любое дело, независимо от урегулированности спорного отношения нормой материального права. С этой точки зрения Кельзен отвергает традиционную концепцию «пробелов в праве» — таких пробелов в действительности нет и быть не может, поскольку правовые нормы по определению не претендуют на регламентацию всех фактических обстоятельств. Могут быть случаи плохо написанных законов, могут встречаться неразумные нормы, могут иметь место новшества, которые не были изначально предусмотрены законодателем — все это может создавать проблемы для правоприменителей, но ни то, ни другое не должно обозначаться термином «пробел». Кельзен убежден, что в случаях, когда судья не находит подходящей нормы, то он может «применить правопорядок в целом», то есть решить дело через отсылку к некоему общему коллизионному правилу. В качестве типичного примера такой нормы Кельзен рассматривает правило «разрешено все, что не запрещено законом».

По его мнению, за концепцией «пробелов в праве» стоит юснатуралистическая идеология, которая позволяет суду рассматривать неурегулированность некоего отношения в качестве политически нежелательного и поэтому требующего «заполнения» судебным решением (от такого пробела следует отличать «технические пробелы» — случаи, когда законодатель намеренно оставляет некое отношение неурегулированным, либо делегирует нормативное регулирование правоприменителям). Но строгий юридический анализ позволяет только определить то, что предусмотрено (урегулировано) законодателем (в широком смысле), и то, что предусмотрено не было. Если судья считает, что в силу логики правопорядка для разрешения конкретного спора нужно ввести некую норму, которой ранее не было в правопорядке, то он не «заполняет пробел» (поскольку суждение о том, что законодателю следовало урегулировать, является идеологическим, а следовательно недопустимым для чистого учения о праве), а просто создает новую индивидуальную норму точно также, как он поступает в других случаях. Только здесь в качестве нормативной отсылки он использует не материально-правовую норму, а процессуальную норму, uprawомочивающую суд разрешать дело при отсутствии применимой нормы материального права. В этом ракурсе рушится и учение о субъективном праве, как о субстанции, противостоящей объективному праву — субъект может быть свободен в выборе действий либо в том смысле, что в правопорядке нет запрещающей это действие нормы (но тогда данная свобода не является правовой), либо в том смысле, что субъект вправе действовать определенным образом и имеет право потребовать от третьих лиц обеспечения возможности такого действия (в этом случае данное право есть лишь отражение установленной объективным правом обязанности третьих лиц).

Если все нормы права абстрактно можно поделить на те нормы, что предписывают некое поведение, и те, которые устанавливают порядок создания первых, то вопрос здесь касается источника полномочий тех лиц, которые устанавливают нормы второго вида. В юридической перспективе полномочие любого органа государства производно от некоей нормы права, компетенция создающего эту норму органа, в свою очередь, производна от компетенции некоей вышестоящей нормы и так далее. Кельзен вводит конструкцию основной нормы, чтобы аналитически замкнуть эту череду компетенций гипотезой о

²⁷ «Постулат единства познания безоговорочно применяется в нормативной сфере, находя здесь свое выражение в единстве и исключительности системы норм» (*Kelsen H. Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920. S. 105*). Поэтому «единство системы является фундаментальной аксиомой любого нормативного познания» (*Ibid. S. 111*).

существовании нормы, которая не создается и для которой, соответственно, не релевантен вопрос о компетенции вводящего такую норму органа. Это — конституция в материальном смысле слова, «первая конституция», то есть та аксиоматическая основа, на которой возможно «нормативное понимание» процесса правогенеза и правоприменения в данном правовом порядке. Такая «конституция» может быть выражена нормами обычного права, обычных законов (к примеру, закон о выборах в парламент), священными писаниями и любыми иными источниками. Но такая основная норма есть лишь гипотетическое допущение в сугубо гносеологических целях и она априори не может получить адекватного выражения в правовых текстах, действительность которых никоим образом не зависит от их содержательного соответствия гипотетической *Grundnorm*. Она есть лишь мысленное условие для описания такого порядка под определенным углом зрения, то есть, с точки зрения непрерывной цепи создания правовых актов.

Существование этой нормы допускается в качестве гипотезы (или фикции, как позднее учение Кельзена) и не нуждается в доказательстве (соответственно, не может быть опровергнуто). Стоит отметить, что в своих первых работах Кельзен обходился вообще без этой конструкции, говоря о том, что нормативный порядок представляет собой «логически незавершаемую цепочку».²⁸ Позднее под влиянием неокантианства он пришел к мысли о необходимости замыкания нормативно-правового порядка гипотетической категорией «исходной нормы» (*Ursprungsnorm*) для обоснования центрального для чистого учения постулата о единстве знания о праве.²⁹ Во втором издании «Основных проблем учения о государственном праве» (1923 г.) он вводит категорию основной нормы, обосновывая ее в первом издании «Чистого учения о праве» (1934 г.) как трансцендентально-логическое условие познания права. И уже в «Общей теории норм» мыслитель переосмысливает основную норму, рассматривая ее как фикцию.³⁰

Вопреки распространенному убеждению, концепция основной нормы была необходима мыслителю не для увенчания пирамиды норм безусловным основанием их действительности. Кельзен превосходно понимал, что от наличия или отсутствия этой полностью гипотетической нормы в плане обоснования действительности других, нижестоящих норм правопорядка ничего не меняется — ведь, чтобы предположить высшую юридическую силу этой гипотетической нормы, потребуются еще одна гипотетическая норма, и так до бесконечности. Осознание этих трудностей, в конечном итоге, привело мыслителя к неожиданному³¹ отказу от концепции основной нормы как мысленной гипотезы и к попытке наделить основную норму исключительно волевым содержанием,³² одновременно подчеркивая ее фиктивный характер и ее внутреннюю

²⁸ *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze. S. 9.

²⁹ *Kelsen H.* Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920. S. 93.

³⁰ О различных вариантах формулировки основной нормы см.: *Paulson S. L.* Die unterschiedlichen Formulierungen der 'Grundnorm' // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag. / Aarnio A. et al. (hrsg.). Berlin, 1993. S. 53-74.

³¹ Правда, эта неожиданность лишь относительна — она предугадывалась уже в тексте второго издания «Чистого учения». См. об этом: *Duxbury N.* The Basic Norm: An Unsolved Murder Mystery // LSE Law, Society and Economy Working Papers. 2007. N 17.

³² «Предположение об основной норме не только противоречит реальности — поскольку такая норма не только не может существовать как значение некоего акта воли, но и содержит противоречие сама в себе: она представляет собой акт управомочивания некоей высшей морали или некоей правовой власти, и этот акт исходит от некоей другой власти, которая носит полностью надуманный характер» (*Kelsen H.* The Function of Constitution (1964) // *Essays on Kelsen*. Oxford, 1986. P. 117). Ошибочность теории основной нормы Кельзен признавал еще в 1962 г.: «В моих более ранних работах я характеризовал всю мою доктрину основной нормы в том смысле, что эта норма не является актом воли, а представляет собой постулируемую норму. Но, уважаемые господа, я должен признать, что я более не могу поддерживать эту доктрину и должен отказаться от нее... Я должен модифицировать характеристику моей доктрины основной нормы» (*Kelsen H.* Diskussionsbeitrag // *Das Naturrecht in der politischen Theorie* / hrsg. M. Schmolz. Wien, 1963. S. 119).

противоречивость — циркулярность обоснования и регресс в бесконечность при постулировании правопорядка.³³

Тем не менее, такая конструкция, — а для Кельзена она является не философской спекуляцией, а мысленной посылкой, из которой исходит любой юрист в своей практической деятельности, — позволяла мыслителю уйти от сложнейшего вопроса об источнике обязательности правовых норм. Нормы обязательны не потому, что исходят от суверена, воплощают идеал справедливости, отражают фактические социальные отношения или совпадают с особыми психологическими эмоциями. Их обязательность не обосновывается и не доказывается, а лишь постулируется, предполагается в рамках той «схемы истолкования» (*Deutungsschema*), через которую юрист описывает лежащий перед ним правопорядок. Впрочем, сам этот правопорядок не есть некая объективная данность, а лишь «мысленная вещь» (*Gedankending*), с помощью которой наблюдатель собирает и выстраивает в определенной последовательности некое множество норм. В этом смысле основная норма есть лишь чисто гипотетический критерий для отграничения норм правового порядка от норм других порядков: «Основная норма может быть всего лишь вымышленной нормой, быть значением лишь фиктивной, а не реальной воли..., но нам не стоит недооценивать полезность такой нормы как когнитивного приема, который только и может нам позволить отличать действительные нормы правового порядка от других типов предписаний».³⁴

Связывание нормы с конкретными ситуациями традиционная догматика обозначала как юридическую квалификацию фактических обстоятельств. Для Кельзена фактические обстоятельства в нормативном плане остаются неизменными; квалификация означает не нахождение некоего юридического свойства в фактах, а истолкование как конкретизацию содержания самой нормы, что позволяет включить в это конкретизированное содержание некую фактическую ситуацию и разрешить ее при помощи отсылки к данной норме. Постулат о невозможности объективного обоснования содержания нормативного долженствования давал мыслителю возможность выделять в нормативно-правовом материале те конструкции, которые имеют прескриптивный характер (правовые нормы), и те, которые имеют дескриптивный характер (*Rechtssätze*, юридические правила, описывающие правовые нормы). Характеристика природы этих правил представляла для мыслителя особую трудность. Поначалу, даже в первом издании «Чистого учения...» мыслитель использовал термины «норма» (*Norm*) и «правило» (*Satz*) как взаимозаменяемые, не различая между самим долженствованием и тем высказыванием, с помощью которого это долженствование выражается. До 40-х годов норма была для Кельзена лишь продуктом научной реконструкции правовых текстов, при помощи которой правоведа связывает условия и санкции, конструируя тем самым нормы, не существующие в правовых текстах. Но в «Общей теории права и государства» (1945)³⁵ и в последующих работах мыслитель пришел к необходимости более «реалистического» взгляда на нормы, признавая их реальное существование в правовых нормам. В данном ракурсе он попытался разграничить правила и нормы с тем, чтобы подчеркнуть различие между правовыми текстами и нормами права, которые представляют собой объективное значение этих текстов.

Поскольку Кельзен четко разделял две функции: мышления, описывающего факты, и воли, чьим содержанием является долженствование, то согласно этой логике он попробовал отнести юридические правила к области сущего и не колебался применять к ним критерии истинности и ложности. Однако такая характеристика подрывала концепцию логического единства правопорядка, поскольку в этом ракурсе юридические правила могли вступать между собой в противоречие. Однако, если данная юристу система нормативных текстов внутренне противоречива, то вера в то, что это

³³ Ср.: Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. S. 211 ff.

³⁴ Ibid. S. 256.

³⁵ Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, Mass., 1945. P. 45 ff.

противоречие иллюзорно, сама по себе оказывается никого не убеждающей иллюзией. Единство процесса познания права и нормативное единство права как предмета познания при такой постановке вопроса еще не означало реального единства системы права, которая формулируется через правовые тексты и изложенные в них правила. Чтобы выйти из этого затруднения, Кельзен впоследствии попробовал охарактеризовать эти правила как также принадлежащие к миру должного (называя их «дескриптивным должным»). После убедительной критики Харта³⁶ он вновь пересмотрел свои взгляды в «Общей теории норм», соглашаясь с тем, что юридические правила имеют истинностно-значную характеристику (могут быть ложными или истинными в аспекте верности выражения ими содержания норм) и что в этом смысле они противоположны нормам. Но различие между актом воли, имеющим своим содержанием долженствование (норма), и актом мышления, описывающим это содержание (высказывание), оставалось в кельзеновской правовой теории основополагающим, а правовой текст (юридическое правило) занимало промежуточное положение между ними.

Само по себе познание не создает право (как полагали сторонники юриспруденции понятий) — право создается благодаря воле и через волю. При этом между правоприменением и толкованием права нет сущностного различия — каждый акт толкования одновременно является и актом воли, и актом познания. Различие между разными актами толкования заключается в тех последствиях, которые эти акты порождают. Если правовой порядок связывает с актами толкования со стороны некоего правоприменительного органа определенные юридические последствия (к примеру, принудительное исполнение — с решением суда), то такое толкование является «аутентичным». Если же таких последствий не следует, то это — простое «правоведческое» (*rechtswissenschaftliche*) толкование, в котором юристы логически перечисляют возможные варианты расширения, конкретизации общей правовой нормы применительно к тому или иному случаю, выражая (или не выражая) при этом свои идеологические предпочтения.³⁷

Тут мыслителю нужно было решить вопрос «противоправности» (*Rechtswidrigkeit*) правовых установлений (имеются в виду случаи противоречия между нормами права, а не вопросы «неправового закона» — идеологии юснатурализма, которую Кельзен решительно отвергает). Как объяснить случаи неконституционных законов, незаконных указов и постановлений, судебных и иных правоприменительных решений (для Кельзена они также являются источниками правовых норм)? Здесь перед мыслителем, который помимо всего прочего имел почти десятилетний опыт работы конституционным судьей в Австрии, стоял нелегкий выбор — либо заклеить учение о «противоправном праве» (*rechtswidriges Recht*) как очередную идеологическую уловку правовой теории, либо ввести в чистое учение о праве конструкцию, которая бы объясняла, как со строго формальной точки зрения можно давать содержательную оценку законам и другим правовым актам. Поскольку последнее было логически невозможно в рамках чистого учения о праве, Кельзен довольствовался первым вариантом.

Он утверждал, что «противоправное право» не может существовать — логическое противоречие между нормами для Кельзена концептуально недопустимо, а нормативное противоречие невозможно ввиду единства правопорядка: норма, противоречащая другой норме, устанавливающей порядок ее создания, не была бы правовой нормой. Принадлежность нормы к правопорядку определяется по строго формальному критерию — издание в установленном порядке. Если порядок нарушен, то норма к правопорядку не принадлежит, если не нарушен, то любая норма позитивного правового порядка, независимо от своего содержания, сохраняет свое действие (и в этом смысле является правовой) до момента, когда она официально утратит силу (путем принятия нового закона или решения компетентного суда). То же самое происходит и с индивидуальными

³⁶ Hart G.L.A. Kelsen Visited // University of California Law Review. 1963. No 10.

³⁷ Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1 Aufl. § 36.

нормами, создаваемыми правоприменителями — в этом плане любое судебное решение, независимо от своего содержания, является законным, то есть формально не может вступить в конфликт с общими нормами права, конкретизацию (возможно, логически некорректную) которых оно представляет.³⁸ Более того, если содержательно соответствующее общей норме права решение отменяется вышестоящим судом, который принимает содержательно неправильное (противоречащее смыслу общей нормы) решение, то юридически действительным будет именно это второе решение.

Но такой подход не давал ответа о природе незаконных (противоречащих более высокой норме) норм — какое место они занимают в правопорядке, обладают ли они юридической силой в той же мере, что и обычные, недефектные нормы? В конце концов, как объяснить то, что на одной из ступеней динамического раскрытия правовая норма попросту исчезает (прекращает свое бытие по причине признания недействительной)? Кельзен не находит ничего лучшего, как ввести концепцию альтернативных положений, под которыми он обозначал условно (до отмены в установленном порядке) действительные правовые нормы. Однако здесь оставался вопрос о том, как в отсутствие объективных критериев истинности отграничить альтернативные правовые положения от всех остальных — вопрос, на который у Кельзена так и не нашлось ответа.³⁹

Для Кельзена очевидно, что процесс создания индивидуальной нормы не протекает в некоем трансцендентном мире юридического должностования, что на судью влияют множество факторов (мнение вышестоящих судей, сочувствие или антипатия к стороне процесса, религиозные и иные убеждения и др.), что судья не свободен от возможных логических и фактических ошибок при принятии решения (т.е., при создании индивидуальной нормы на основе общей нормы), в конце концов нельзя исключать и коррумпированности судей. Судьи могут решать по-разному однородные дела, под видом применения норм права могут эти нормы переиначивать — таким образом, результат судебного решения (применения права) никогда нельзя предсказать. В таком аспекте решение судьи могло быть полностью произвольным, не связанным с какой-либо нормой или же основанной на ее очевидно ошибочном толковании. Кельзен прекрасно понимает эту проблему, особенно в таких сложных ситуациях как вопрос о неконституционных законах, но пытается последовательно провести свою линию между объективным описанием права (здесь подобное незаконное решение или антиконституционный закон будут обладать юридической действительностью до момента их формальной отмены) и субъективной оценкой права (здесь человек нравственно свободен не исполнять антиконституционный, неправовой, аморальный закон, но юридически может быть подвергнут санкции за неисполнение).

Последовательно возникает вопрос о том, какие же акты и какие же органы могут считаться правовыми? Если нормы права есть смысловое содержание этих актов, то кто же тогда авторитетно устанавливает это содержание? Кельзен не мог допустить вторжения в свою систему элементов фактичности, отождествлять право и силу, и связывать право с велениями наиболее сильной социальной организации (государства), как это было предложено Дж. Остином. Следуя принципу самореферентности (самозаконности, *Eigengesetzlichkeit*) права, Кельзен предполагает, что само право содержит в себе отсылку, указывающую на порядок создания и применения правовых норм. Эта отсылка позволяет квалифицировать акты отдельных лиц и органов как правовые, а саму эту систему лиц, органов и их актов как правовой порядок. При этом не имеет значение объем власти, сила принуждения, которая фактически принадлежит тем

³⁸ Кельзен здесь предпочитает говорить не о логическом конфликте норм, а о конфликте разных актов воли, «нормативных сил, усилие которых направлено на одну и ту же точку, но с разных направлений» (*Kelsen H. Recht und Logik // Forum. 1965. No 12. S. 425*).

³⁹ Ср. критику: *Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. No 3. P. 29-45*.

или иным лицам в обществе. Квалифицирующим признаком права будет содержащаяся в самом праве отсылка (норма компетенции), а не относительная сила принуждения.⁴⁰

После такого решения вопроса о соотношении права и силы перед Кельзеном вставал другой, не менее сложный вопрос — о соотношении права и государства. Этот вопрос можно было решить двояко. Либо право предшествует государству и, соответственно, государством является лишь такой социальный союз, что создан и действует на основе права. Либо же право появляется после государства, является формой реализации государственной воли, есть закрепленная в законе воля общества. Кельзен находит смелое и вместе с тем элегантное решение этой проблемы: а если право и государство не есть различные вещи, а представляют собой разные стороны одного и того же явления? В данном аспекте те лица и органы, акты которых квалифицируются в качестве правовых, и являются государством. Иными словами, государство и есть централизованный правопорядок, органы которого могут осуществлять свою деятельность только через создание, применение или же соблюдение правовых норм. В этом смысле для Кельзена любое государство является правовым, то есть основанным на праве и реализующим право институтом, монополизирующим функцию организованного принуждения в обществе. Но как тогда отличить частных лиц, также создающих (в рамках сделок), применяющих или соблюдающих правовые нормы? Для Кельзена и этот вопрос решается строго формально — государством будут признаны лишь те лица и органы, чьи действия или бездействия юридически квалифицируются в качестве действий государства: иными словами, те лица и органы, чьи действия и бездействия юридически приписываются, вменяются государству в силу норм права.⁴¹ Такая циркулярная модель объяснения государства и права не позволяет понять реальные механизмы правогенеза, но оказывается для мыслителя единственной возможностью сохранить самозаконность, автономию сферы права.

Казалось бы, при таком раскладе мы вновь приходим к традиционной волевой теории — если государство есть персонификация нормативного порядка, а нормы есть смысл волевых актов, то и государство, в конечном итоге должно опираться на свои же волевые акты. Мыслитель хорошо осознавал возможность такой интерпретации своего учения и подчеркивал, что само государство не есть реальное, фактическое явление, которое обладает волей. Если воспользоваться термином А. Сомека, Кельзен осуществил «деонтологизацию» государства, то есть вывел из понятия «государства» все эмпирическое содержание.⁴² Государство не есть союз людей, не есть психологическое единство масс, не есть фактическая сила, не есть даже аппарат принуждения — все эти определения государства через отсылку к социальным реалиям Кельзен решительно и удачно критикует,⁴³ обвиняя господствующую юридическую доктрину в

⁴⁰ Ср.: Paulson S. L. The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law // *Law and Philosophy*. 2000. No 19. P. 131-171.

⁴¹ В случае иных, ненормативных действий государственных чиновников, хотя бы и сопряженных с их профессиональной деятельностью (интервью, фуршеты, публицистика и т.п.), эти действия в силу норм права государству не вменяются и, по логике Кельзена, остаются личными поступками индивидов, которые занимают государственные должности.

⁴² Somek A. Stateless Law: Kelsen's Conception and its Limits // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006. No 4. P. 772-774. В связи с чем, как считает А. Сомек, государство как реалия исчезает и по сути Кельзен обосновывает право так как если бы за правом не стояла та реальная политическая сила, которую мы называем государством (Ibid. P. 753-774). Схожие аргументы против кельзеновского учения о государстве использовал ранее Г. Геллер (см.: Heller H. *Staatslehre*. Leiden, 1934. S. 56ff., где Геллер упрекает Кельзена в том, что последний перепутал идеальную систему норм с реальной организацией публичной власти).

⁴³ Соотношение государства и права в современном ему правоведении Кельзен уподоблял учению о силе в физике или учению о душе в психологии, настаивая на том, что также как в физике и психологии эти учения были превзойдены развитием науки, так и правоведению следует отказаться от рассмотрения права как субстанции, идейной основы государства (Kelsen H. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. Tübingen, 1922. S. 206). Хотя, как считает Александр Сомек, самому Кельзену так и не удалось освободиться от метафизики в этом аспекте — отказываясь от гипостазирования государства через его персонификацию,

«гипостазировании единства мышления путем возведения такого единства в ранг реального, обладающего волей и силой существа».⁴⁴ В терминах чистого учения о праве, государство как «мысленный образ»⁴⁵ не есть факт естественного порядка, оно не может быть найдено «мире естественных, психологических, каузально определенных объектов, вне связи с системой норм, действительность которых должна постулироваться».⁴⁶ Следовательно, государство для Кельзена по сути такая же фикция юридического мышления, как и основная норма — она лишь предполагается, но в реальности ей не соответствует никакое конкретное явление. Нормы права приписывают централизованной правовой власти (государству) определенные поведенческие акты, совершаемые лицами, которые представляют (олицетворяют) государство — эту конструкцию мыслитель называл «центральным вменением» (от отличие от периферийного вменения, которое означает приписывание юридической действительности некоей норме через постулирование ее связи с основной нормой правопорядка).

Поэтому утверждение о том, что норма права имеет своим содержанием волевой акт государства, для Кельзена есть лишь метафора, схема истолкования, из которой недопустимо выводить, что право есть продукт воли государства как реального социально-политического союза людей. Так, возражая социально-психологическому описанию государства в концепции немецкого правоведа Р. Зменда, Кельзен пишет: «Государство есть действительность правового порядка, который представляет собой схему истолкования множества актов человеческого поведения; единство таких актов может быть обнаружено только в единстве системы норм, которая наделяет эти акты значением актов государства».⁴⁷ С этой точки зрения, государство есть «функция юридического мышления», используемая для обоснования единства правового порядка.⁴⁸ С помощью понятия государства юрист находит ту точку вменения, которая позволяет обозначать связанные с этой точкой акты как правовые. Отсюда и известная гипербола Кельзена о том, что государство подобно царю Мидасу — все, к чему прикасается государство, превращается в право.⁴⁹

По убеждению Кельзена, государство не может быть описано иначе, как через использование норм права, что доказывает циркулярность процесса взаимного определения государства и права (*Begründungszusammenhang*) и, в конечном итоге, тезис о тождестве этих двух юридических конструкций (но не реальных явлений, которые в обычном словоупотреблении обозначаются этими двумя понятиями). В этом отношении над государством не существует права как высшей инстанции – субстанции, способной легитимировать или ограничивать государственную власть (отсюда критика либеральной концепции правового государства). Также и над правом не довлеет фактическая сила в виде системы органов государства: «Господствующая власть, которая характеризуется как государство в социологическом смысле, имеет возможность лишь прибегать к голому насилию, но не может юридически обязывать или уполномочивать кого-либо. Власть может обязывать и уполномочивать только в качестве юридического лица, являясь именно

Кельзен «прибегает к наихудшему варианту гипостазирования — к онтологическому аргументу в пользу существования царства норм» (*Somek A. Stateless Law: Kelsen's Conception and its Limits. P. 773*). По мнению Сомека, в концепции Кельзена бытие норм и правил ничем объективно не доказывается — ни социальной практикой, ни языковыми структурами, ни психологическими данными. Тем не менее, Кельзен останавливается перед последним агностическим выводом из своей концепции — нормы и правила не имеют никакого реального существования, являясь лишь продуктами индивидуального мышления, а их соответствие реальному миру, возможно, есть лишь иллюзия — и пытается связать нормативную сферу с реальным миром через по сути метафизическую конструкцию основной нормы (*Ibid. P. 753-774*).

⁴⁴ *Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. S. 127.*

⁴⁵ *Kelsen H. Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung. S. 25.*

⁴⁶ *Ibid. S. 35.*

⁴⁷ *Ibid. S. 34.*

⁴⁸ *Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. S. 212.*

⁴⁹ Впервые эта гипербола приведена: *Kelsen H. Justiz und Verwaltung // Zeitschrift für soziales Recht. 1928/1929. No 1. S. 80.*

персонифицированным выражением единства правового порядка».⁵⁰ В этой перспективе чистое учение о праве не является ни отрицанием государства, ни его апологией, ни принижением, ни возвышением права перед государством, но утверждением об их концептуальном и нормативном равноправии.⁵¹ Эта позиция не исключает предпочтения той или иной правовой идеологии — авторитаризма или либерализма, но выводит вопрос о таком предпочтении и его обосновании за пределы науки о праве — в область правовой политики.

Против этой концепции правового порядка высказывались и в настоящее время высказываются многочисленные критические замечания, которые можно свести к нескольким основным группам. Первый блок критики связан с рассмотрением кельзеновского учения о праве как чисто формалистской игры с понятиями, неспособного дать ответы на основные вопросы теории права (об отличии права от других регуляторов, о реальном основании действительности правовых норм и др.). Эти упреки в адрес Кельзена и его теории выдвигались еще в 20-е годы прошлого века такими известными немецкими теоретиками государства как Герман Геллер или Рудольф Зменд, уже упомянутыми выше. Вместе с тем, между юриспруденцией понятий XIX века, которая ограничивала сферу изучения права областью юридической логики — выявления и анализа логических связей между правовыми понятиями, и кельзеновским чистым учением о праве существует огромное расстояние. Начать хотя бы с того, что Кельзен не рассматривал правовые понятия как высказывания, способные быть истинными или ложными, и поэтому отвергал возможность применения логики к праву и вообще такую науку как юридическая логика. С другой стороны, «неспособность» чистого учения о праве ответить на фундаментальные вопросы теоретического правоведения связана с развиваемой Кельзенем методологической установкой — с отказом от эссенциализма и последовательным релятивизмом, с намеренным устранением от обсуждения тех вопросов, которые мыслитель считал идеологическими или метафизическими, и поэтому неразрешимыми. В этом плане учение Кельзена выполняло в основном критическую, разрушительную роль, демонстрируя недостаточность и ущербность ответов на такие «базовые» вопросы. Но при этом мыслитель намеренно не предлагал взамен какой-либо другой эссенциалистской схемы.

Другое направление критики связано с отказом Кельзена от обсуждения в рамках чистого учения о праве вопросов о социальных источниках права и о взаимосвязи права и общества.⁵² Впрочем, такой отказ можно трактовать двояко — и как доказательство ошибочности чистого учения, и как сознательную методологическую установку. Как было показано выше, Кельзен, как и любой другой позитивист, и не думал отрицать важности социальных факторов для образования и развития права. Конкретный правовой порядок (как в общем и целом действенный порядок принуждения) для него, несомненно, был продуктом борьбы социальных сил, результатом политического компромисса, влияния идеологий, представлений о ценностях и идеалах — с этой точки зрения, Кельзен без колебаний называл свою теорию реалистической, и не думая оспаривать значимость исследования социальных факторов правогенеза и бытия права.⁵³ В то же время та схема

⁵⁰ *Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. S. 121.*

⁵¹ В этом отношении Хорст Дрейер удачно отмечает, что если правоведы нацистского режима (К. Шмитт, Г. Геллер и др.) осуждали учение Кельзена как либералистское отрицание государства, то послевоенные немецкие правоведы с точностью наоборот обвиняли мыслителя в возвышении авторитарных начал государственной власти (*Dreier H. Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre // Festakt aus Anlaß des 70. Geburtstag von Robert Walter. Wien, 2001. S. 18.*)

⁵² К примеру: *Hart G.L.A. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law // Hart G.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy of Law. 1983. P. 313ff.*

⁵³ *Kelsen H. Eine Realistische und die Reine Rechtslehre // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. 1959. No 10.* В этом смысле показательно, что при периодизации творчества Кельзена К. Гейдеман в качестве одного из периодов развития чистого учения о праве выделяет такой период, как реалистический — после конструктивистского, трансцендентального перед аналитическим (см.: *Heidemann C. Die Norm als*

объяснения права, которая позволяла в рамках чистого учения конструировать самореферентный, независимый нормативный порядок, не включала в себя методы причинно-следственного, казуального описания влияния различных факторов на право. Тезис Кельзена заключался лишь в том, что для такого эмпирического исследования права нужно пользоваться не аналитическими, а социологическими методами, применением которых занималась социология права; и, наоборот, для понимания специфического бытия, действительности права следует пользоваться только и исключительно юридическим нормативным методом.

В этой перспективе ясна неуместность аргумента о непоследовательности кельзеновской теории права, исходящей из дуализма должного и сущего, но вынужденной преодолеть этот разрыв, признавая фактическую действенность условием действительности права. Задачей чистого учения о праве не было обоснование действительности права, а лишь описание правового порядка в определенном ракурсе (как нормативного единства), и поэтому Кельзен не отходит от своей линии, допуская значимость социологического критерия действенности (эффективности) при оценке действительности права. В реальной социальной практике обязывающая сила правовых норм, несомненно, зависела от того, насколько последовательно они применяются (точнее, применяются акты принуждения за нарушение норм права) и сколь серьезная институциональная сила обеспечивает эффективное действие этих норм. И с этой точки зрения для ответа на вопрос о действительности права вполне логично дополнить нормативный критерий социологическим условием.⁵⁴ Другое дело, что изучением права с позиций этих двух критериев должны заниматься две разные научные дисциплины — учение о праве и социология права. Чистое учение о праве поэтому не претендовало на то, чтобы дать единый и цельный образ права — для формирования такого образа необходимо использование результатов исследований права с разных ракурсов и в рамках разных научных методов. В этом отношении данное учение представляется как вполне совместимое с современными неклассическими представлениями о научном знании.

Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens. 1997; данная периодизация не бесспорна, см. возражения Стенли Полсона и последующий спор: *Paulson S. L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflexions on Periodization // Oxford Journal of Legal Studies. 1998. No 18 (1); Heidemann C. Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S. L. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. No 19; Paulson S. L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory // Oxford Journal of Legal Studies. 1999. No 19).*

⁵⁴ Кельзен подчеркивает, что такой минимум фактической действенности является лишь условием действительности правопорядка. Эффективность не означает юридической действительности, поэтому Кельзен не смешивает эти два порядка — существования и долженствования: «Действенность всего правопорядка в целом есть необходимое условие действительности каждой входящей в него нормы. Это — необходимое условие, но это не есть достаточное условие. Действенность всего правового порядка есть лишь условие, но не причина действительности составляющих этот порядок норм» (*Kelsen H. L'efficacité n'est pas une condition per quam de la validité // Le positivisme juridique / Troper M., Grzegorzczak C. (ed.). Paris, 1992. P. 326*). Причем, данное условие является даже не условием познания права, а лишь практическим условием, при соблюдении которого юрист будет более эффективно работать с правовым материалом.