

ся законами после завершения периода делегации полномочий. Суть проблемы заключается в том, что фактически ордонансы могут еще не стать законами, но в соответствии с решением Конституционного совета они считаются таковыми юридически. Срок, на который Правительству были делегированы законодательные полномочия, можно рассматривать как пресекательный, коль скоро его истечение прекращает подзаконную «жизнь» ордонанса. Отсутствие одобрения со стороны парламента никак этому не препятствует. Фактические обстоятельства, таким образом, противоречат правовой форме, что вряд ли допустимо в правовом государстве.

Изменение практики органа конституционного контроля отгибается высокой степенью непределаказуемости и порождает определенные сложности. Однако дальнейшее изучение таких изменений, вероятно, будет способствовать выявлению контуров будущих правовых позиций Конституционного совета и делает его решения если не прогнозируемыми, то хотя бы ожидаемыми.

## Глава 3

### Права человека: концептуальное осмысление и проблемы реализации

#### § 1. Права человека в контексте чистого учения о праве Ганса Кельзена

В работах, посвященных теории права Г. Кельзена, вопросу о ее соотношении с концепцией прав человека относительно редко уделяется внимание. Казалось бы, этому есть достаточно простое объяснение. Общепринятое в отечественной юриспруденции восприятие теории Г. Кельзена и юридического позитивизма в целом, как правило, приводит критиков к выводу о том, что для позитивистов права человека остаются за границами права, если не закрепляются в законе или не получают иное признание со стороны государства. Права человека по своему основному назначению — это права личности против государственного вмешательства в свободу ее самоопределения, поэтому они призваны ограничивать в том числе правотворческую монополию суверена. В связи с этим позитивисты должны отрицать права человека, их юридическую способность определять границы суверенной власти, быть ограничивающим волею государства надзаконным правом<sup>1</sup>.

Поскольку права человека по определению являются правами против государства, то они не дарованы государством, а предшествуют ему; их юридическая сила не зависит от установленных государством правил, а наоборот, юридическая сила законодательства должна зависеть от его соответствия правам человека. С этой логикой вполне можно согласиться. Действительно, с позиций этицизма весьма затруднительно обосновать права человека — в лучшем случае это будет обоснование в духе предложенной Г. Еллингем идеи самоограничения государства (от которого государство всегда волею освобождает себя)<sup>2</sup>. Но отнестись Г. Кельзена и других ведущих позитивистов XX в. к

<sup>1</sup> См., например: *Вариантова Н. В.* Юридический позитивизм и права человека // *Общественные науки и современность.* 2008. № 1. С. 156—166; *она же.* Обоснование прав человека как акцелгесова пята юридического позитивизма // *Как возможна логика в праве?* / Под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, Е. Н. Тонкова. СПб., 2021. С. 263—282.

<sup>2</sup> См.: *Еллингем Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 359—365.

этистам в корне неверно — такую ошибку может совершить лишь тот, кто не читал их трудов. Ни Г. Кельзен, ни Г. Харп, ни А. Росс, ни Е. В. Булыгин, да и вообще никто из признанных лидеров юспозитивизма не соглашался с этицизмом в понимании права как исключительно продукта государственной власти — более того, они старательно этот миф разоблачали<sup>1</sup>.

Позитивизм может признавать высшую по отношению к государству и его праву силу международного права. Концепция прав человека как прав, установленных и гарантированных международным сообществом для защиты личной свободы против государственного произвола, хорошо вписывается в логику чистого учения о праве и развиваемого в ее рамках учения о приоритете международного права<sup>2</sup>. Более того, обоснование приоритета международного права над национальным в рамках монистической теории их взаимоотношения произошло Г. Кельзеном в его многочисленных работах именно с опорой на аргумент о том, что такое понимание их соотношения лучше гарантирует права человека<sup>3</sup>. Отрицание австрийским мыслителем методологии юснатурализма и идеи естественных прав само по себе не исключает того, что он мог признавать идею прав человека в ее ином истолковании.

Нередко выдвигается другая довод против связи чистого учения и прав человека. Если, как уверяют некоторые критики, Г. Кельзен и

<sup>1</sup> См.: Булыгин Е. В. Что такое правовой позитивизм? // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 4. С. 236—245.

<sup>2</sup> Г. Кельзен допускал приоритет как международного, так и внутригосударственного права и не видел между этими конструкциями существенной разницы с юридико-технической точки зрения (Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова. С. В. Лезова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 397—420). При этом австрийский правовед подчеркивал, что сам он предпочитает монистическое понимание соотношения международного и внутригосударственного права, при котором они входят в единую систему и верховенство в ней принадлежит международному праву. Как справедливо замечает А. Краевский, «по мнению Кельзена, невозможно обосновать приоритет международного либо внутригосударственного права, выбор такого приоритета носит мировоззренческий характер, предполагая выбор в качестве приоритетной ценности отдельного государства (идеология патриотизма) либо международного сообщества в целом (идеология космополитизма). Выбор одной из двух монистических концепций соответствует двум возможным основным нормам, каждая из которых представляет собой гипотезу, а не норму позитивного права. Самому Кельзену была близка космополитическая и пацифистская идея приоритета международного права» (Краевский Д. Д. Действительность и действительность международного права в чистом учении о праве // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2021. Т. 12. № 1. С. 198).

<sup>3</sup> См. об этом: Imregazzini C. Reconciling Legal Positivism and Human Rights: Hans Kelsen's Argument from Relativism // Journal of Human Rights. 2018. Vol. 17. Iss. 2. P. 215—228.

позитивисты оправдывают любую тиранию и призывают подчиняться даже крайне аморальным и бесчеловечным нормам, поскольку они исходят от государства, то никакой связи между чистым учением и правами человека нет; между ними возможно лишь отношение взаимного отрицания<sup>1</sup>. Такая аргументация отнюдь не безупречна. С одной стороны, ставшая популярной после Второй мировой войны практика возложения на позитивистов груза ответственности за приход нацистов к власти и длительного ее удержания основана на очевидных логических и фактологических ошибках<sup>2</sup>. С другой, как будет показано далее, сам по себе замысел оправдания, обоснования или иных форм придания авторитета государству, правовым нормам или чему бы то ни было еще принципиально несовместим с методологическими принципами позитивизма. Так что если Г. Кельзен не обосновывает права человека, то это еще не значит, что он их отрицает — а ведь именно на подобной логике отказа от обоснования как отрицания прав человека основан весьма часто встречающийся в литературе упрек против юспозитивизма<sup>3</sup>.

Кроме того, нередко утверждается, что все позитивисты являются сторонниками формализма, ничего, кроме юридического силлогизма и дедукции не знают, и поэтому не способны пользоваться более сложными методами, вроде взвешивания принципов, проверки законов на соответствие надзаконным принципам и т. п. Поэтому права человека позитивистам не только не нужны, но и по определению непонятны. Сама по себе эта логика кажется убедительной в своей поверхностной схематичности. Но ее слабым местом является то, что тот карикатурный позитивизм, который она себе рисует<sup>4</sup>, на самом деле уже давно в философии права никем не защищается.

<sup>1</sup> См., например: Прошев С. Н., Саудуханов М. В. Права и свободы человека через призму нормативистской концепции правопонимания // Образование и право. 2020. № 8. С. 109—112; Царьков И. И. Моральная несостоятельность и правовая утопия юридического (эталогического) позитивизма // Вестник Волжского университета имени В. Н. Тагилева. 2014. № 4 (81). С. 39—54.

<sup>2</sup> В немецкоязычной литературе эти ошибки уже давно хорошо показаны и мало кем повторяются. О проблематике «винны позитивизма» на русском языке см., например: Штоляк М. История публичного права в Германии: Веймарская республика и национал-социализм / Пер. с нем. О. Г. Субботина. М., 2017.

<sup>3</sup> См., например: Басев В. Г. Позитивизм как господствующая теория правопонимания в современной России // Современное право. 2011. № 8. С. 22—28.

<sup>4</sup> Так, один исследователь предлагает следующий образ теории Г. Кельзена: «Согласно чистой теории все право представляет собой систему иерархически упорядоченных правил поведения, каждое из которых подчиняет себе группу нижестоящих норм, но, в свою очередь, подчиняется вышестоящей норме. Таким образом, все за-

Мало кто из позитивистов в XX в. был сторонником формалистического представления о праве как о закрытой системе, содержащей выводимые из правовых установлений ответы на любые юридические вопросы: этого нельзя сказать даже о первых позитивистах, вроде И. Бенгама или Дж. Остина<sup>1</sup>. Если восполнить удачную аллегорию Р. Иеринга, то, что критикуется как «позитивизм», это карикатурный образ юриста, взобравшись на «небеса понятий», на которых они действуют как «бесчувственные толковательные аппараты», не обращая внимания ни на мораль, ни на социальные факты<sup>2</sup>. В реальности столь наивных формалистов среди лидеров этого направления найти трудно. Меньше всего оснований упрекать в этом Г. Кельзена, который снижал известность в немецкоязычной правовой науке своими критическими работами против юридического формализма.

Нельзя забывать, что значительная часть позитивистских теорий относится к так называемому включающему (инклюдивному) направлению, сторонники которого (например, Г. Л. А. Харп) считают необходимой хотя бы минимальную связь между правом и моралью. По меньшей мере, применительно к этой части позитивистов обвинение в отрицании прав человека как высших по отношению к законодательству критериев его правильности оказывается необоснованным. Да и позитивисты, принадлежащие к так называемому исключающему (эксклюзивному) направлению, отрицают необходимость связи права и морали только в том, что касается определения понятия «право» (разделительный тезис, утверждающий возможность установления того, что есть право, без отсылки к моральным ценностям), не оспаривая тот очевидный факт, что как поступки адресатов права, так и акты правоприменения права предстает в виде идеальной пирамиды, в которой каждая отрасль или институт права являют собой правильную кристаллическую решетку... При этом содержание наполнение отдельных норм следует увязывать только с высшей частью нормы. Право, по Х. Кельзену, должно быть очищено от всяческого влияния со стороны внеюридического знания: религии, нравственности, политики, эстетики и пр. Именно на этом основана «чистота» кельзенского учения о праве. Юридическая сила нормы всецело вытекает из юридической силы высшей нормы... Право как нормативный принудительный порядок окончательно отрывается от своих первоисточков и превращается в идеальный лабораторный конструктор» (*Vasev II. N. Нормативная концепция права Х. Кельзена: облик современной юриспруденции // Известия Алтайского государственного университета. 2017. № 6 (98). С. 14*). Эта длинная цитата приведена, чтобы дать представление о средневежном восприятии кельзеновской концепции и степени искаженности такого восприятия.

<sup>1</sup> См.: *Михайлов А. М., Корженяк А. М.* Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России (вторая половина XIX — начало XX в.). М., 2021.

<sup>2</sup> См.: *Jhering R.* Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Göttingen, 1998. S. 87.

интеллект и законодательней практически всегда находится под влиянием этических концепций и оценочных суждений. Поэтому и позитивисты данного направления не отрицают ни связи морали и права, ни идеи прав человека<sup>1</sup>. Необходимость очищения права от морали и оценочных суждений — это ложный тезис, ошибочно приписываемый позитивистам; никто из значительных представителей этого движения подобных требований не выдвигал, включая и Г. Кельзена.

Это ошибочное истолкование теории Г. Кельзена отчасти объяснено своим распространением известным лингвистическим трудностям. Словоосчетание «чистое учение» имеет в немецком языке двоякий смысл. Первый — это привычное в русском языке понимание чистоты (в немецком языке — *Reinheit*) в смысле отсутствия каких-либо посторонних элементов (чистота скатерти в смысле отсутствия на ней пятен или чистота золота в смысле отсутствия в нем примесей). Именно так постулат чистоты в теории Г. Кельзена обычно и воспринимается — в смысле требования очистить право и правоведение от морали и всего остального. Второй смысл — чистота как отсутствие искажений, как правильность. С таким значением мы сталкиваемся в словоосчетании «чистая правда». И это то, что Г. Кельзен на самом деле имел в виду, когда настаивал на освобождении учения о праве (но не самого права!) от зависимости от идеологии, этики, фактологий и связанных с этой зависимостью искажений в научном описании и выводах. Влияния политики, этики, экономики и прочих факторов, конечно, невозможно избежать, иначе как поместив право или праводея в башню из слоеновой кости. В этой затее часто упрекали Г. Кельзена, не разобравшись в том, что предполагает чистота учения о праве согласно его теории.

Разница смыслов тут едва уловима, но она существенна — чистота учения не означает устранение элементов социологии или этики из научного исследования права. Г. Кельзен не отрицает того, что право как социальное явление состоит не только из норм (типотетических конструкций), но также и из реального поведения, психологического опыта, моральных убеждений, политических отношений, иных факторов материального и духовного плана, которые неизменно проявляются в правотворчестве и правоприменении. Разумеется, право в значении устанавливаемого нормами порядка повеления не может существовать и действовать без опоры на такие факты.

<sup>1</sup> См.: *Буллыгин Е. В.* К проблеме обоснования прав человека // Буллыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / Под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. СПб., 2016. С. 66—72.

«Чистота» научного исследования права — это требование того, чтобы влияние этих элементов не искажало исследовательских выводов и не определяло того, как мы описываем правовые явления. Проблема с оценочными суждениями заключается в том, что их влияние искажает научное описание. В этом отношении основной аргумент Г. Кельзена сводился к тому, что наше восприятие права и, соответственно, то, как мы описываем право, во многом определяется тем, какой интерес диктует нашим исследованием. Интерес к законоданию исследованию свободно от предубеждений и не подлежащих сомнению истин, которые в конечном счете основаны на оценочных суждениях и мировоззренческих парадигмах.

Человек устроен так, что неизменно обращает внимание на те аспекты исследуемого явления, которые кажутся ему важными, а в социальных науках они нередко кажутся таковыми, поскольку человек связывает их с определенными, важными для него ценностями. Берем ли мы за основу безопасность, справедливость или свободу как базовую ценность, определяющую наш научный интерес в исследовании права, это не может не исказить наше описание права — ведь в праве мы будем стараться найти и исследовать прежде всего то, что поощряет и укрепляет эту ценность, и критиковать то, что ей угрожает. Именно из-за стремления гарантировать максимально возможную свободу научного исследования от такого искажения, — что на языке кельзеновской теории означает требование чистоты правовой науки, — мыслитель отклоняет тезис о необходимости связи права и морали. Чтобы заниматься поиском истины, наука о праве должна встать над борьбой идеологических течений — таково основное значение постулата чистоты применительно к учению о праве.

Здесь, наверное, следовало бы сделать оговорку «насколько это возможно», т. е. насколько наука о праве, отдельные ученые и исследователи способны освободиться от влияния на их научные выводы идеологии, этнических и иных мировоззренческих систем. На самом деле это представляется малореалистичным. С одной стороны, само право (и правотворчество, и правоприменение) как предмет юридической науки представляет собой результат волевой деятельности, которая обычно связана с определенными интересами и обосновывающей их идеологией. С другой, ни один исследователь не может быть полностью свободным от мировоззренческих установок, лежащих в основе того правопроявления, в рамках которого он ведет свои исследования, той культуры, в которой он формируется.

Возможно, правильнее было бы сформулировать постулат чистоты не в смысле требования свободы правовой науки от идеологии и оценочных суждений, а в смысле необходимости осознания своей зависимости от них и требования артикуляции ценностных и иных предпосылок, которые неизбежно влияют на наше мировосприятие и наши суждения об окружающем мире. Такое гносеологическое допущение вполне совместимо с принципами правового позитивизма, пример тому дает сам Г. Кельзен, который не скрывал, что жизненным нервом его теории является стремление к миру, защите индивидуальной свободы и демократии. Австрийский правовед прямо такую поправку в свое учение о чистоте не внес, хотя она имплицитно присутствует в его исследованиях, особенно в работах о демократии и справедливости, где он неоднократно формулирует свою позицию относительно тех ценностей, которыми он руководствуется<sup>1</sup>.

В любом случае Г. Кельзена нельзя упрекнуть в невнимании к воздействию мировоззрения и идеологии, этики и религии на то, как люди воспринимают, применяют и интерпретируют право. Именно этот аспект оказывается центральным в его работах 1940—1950-х гг. о правичности, справедливости и естественном праве, в которых австрийский мыслитель весьма глубоко и обстоятельно исследовал связи между правом, философскими и религиозными учениями, разными научными парадигмами и мировоззренческими убеждениями? Опасения Г. Кельзена и других позитивистов по поводу замены логической сущности на оценочные суждения в правоприменении связаны с тем, что это чревато субъективизмом и произволом. С чем, наверное, никто всерьез спорить не будет, включая и противников юспозитивизма. Еще одно, более серьезное заблуждение по поводу юридического позитивизма и его отношения к базовым условиям существования человека, в том числе и его духовной сферы, заключается в предположении о том, что в рамках этого направления правовой мысли обывательская сила права неизменно связывается либо с организованным принуждением, либо с правотворческой монополией государства<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См. завершающие слова его прощальной лекции в Беркли: *Кельзен Г.* Что есть справедливость? // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / Пер. с нем., англ., фр.; соед. и вступл. ст. М. В. Антонова. СПб., 2015. С. 374.

<sup>2</sup> Эти работы были собраны им в сборник, вышедший на английском языке в 1958 г. См. русский перевод: *Кельзен Г.* Что такое справедливость? Справедливость, право и политика в зеркале науки / Пер. с англ. М. В. Антонова, А. Б. Дидикина, А. А. Краевского. СПб., 2023.

<sup>3</sup> Например, по мнению одного исследователя чистого учения о праве, задаваясь вопросом «Где надлежит искать истоки так называемой основной нормы?», Г. Кельзен

В данном случае неверно выбрана исследовательская перспектива. Основание обязанности адресатов нормы подчиняться закону, государству или вообще кому бы то ни было не представляет для юспозитивистов исследовательского интереса, поскольку это — вопрос о соотношении ценностей, скажем, ценности гарантируемой государством предсказуемости и безопасности и ценностей свободы и справедливости, а также о влиянии ценностей на поведение людей. Высказывание о том, что, например, государство обладает высшим авторитетом в правовопорядке и поэтому его нормам должно подчиняться, представляет собой не что иное, как одно из оценочных суждений, от искажающего влияния которых на описание правовопорядков последовательные позитивисты пытаются освободить правовую науку<sup>1</sup>.

Можно возразить, что такого рода суждения на самом деле иногда исходили от юспозитивистов. Этот факт невозможно отрицать, но увязывать эти оценочные суждения с методологией позитивизма в целом представляется неверным. Во-первых, такие суждения часто делались и представляемыми противоположного, непозитивистского направления — например, классиками юснатурализма вроде Аристотеля или Т. Гоббса.

Поэтому нет внутренней логической связи между склонностью отдельных философов обосновывать необходимость беспрекословного повиновения командам государства и тем, к какому направлению философско-правовой мысли (типу правопонимания) они принадлежат. Можно быть юснатуралистом и обожествлять государство и его команды, как это делал Г. Гегель; можно быть юспозитивистом и утверждать, что команды государства действуют лишь постольку, поскольку соответствуют правам человека<sup>2</sup>. Более того, было немало позитивистских концепций, в которых такие оценочные суждения либо в конечном счете совершает выбор «в пользу права понятного как сила» (Хорин Е. М. Нормативистская теория права Г. Кельзена (Обзор) // Правовая мысль XX века. М., 2002. С. 63).

<sup>1</sup> См.: Локсон С. Д. Сушность идеи правового позитивизма // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 4. С. 32—49. Все приведенные выше обвинения против чистого учения о праве, как правило, свидетельствуют о том, что их авторы зачастую даже не доставляют себе труда открыть и процитировать труды Г. Кельзена. Впрочем, так было всегда, подтверждением чему служат краткое и емкое по смысловому наполнению введение Г. Кельзена ко второму изданию его *opus magnum* (см.: Кельзен Г. Предисловие ко второму изданию // Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова. С. В. Лезова. 2-е изд. С. 8—9), где все эти обвинения умело опровергаются.

<sup>2</sup> Например, наиболее значимый из представителей итальянского юспозитивизма Н. Роббио специально подчеркивал совместимость позитивистской философии права с идеей прав человека, их приоритет по отношению к законодательству и развивал

отсутствовали, либо критиковались, например, в работах Г. Кельзена, А. Росса или Г. Л. А. Харта.

Далее, такая постановка вопроса нарушает позитивистский принцип свободы научного исследования от ценностей — сформулированное М. Вебером требование *Merttelheit*<sup>1</sup>. И, наконец, наличие или отсутствие оценочных суждений само по себе не имеет методологического значения для построения позитивистской теории права. Позитивист может оставаться верным своим методологическим принципам вне зависимости от того, какой из ценностей он отдает предпочтение — стабильности, справедливости, безопасности, призывает ли он покрываться приказам властей или нет. Методологический идеал позитивизма состоит в описании правовопорядка вне зависимости от своих ценностных предпочтений.

В литературе можно обычно встретить указание на три признака позитивизма<sup>2</sup>. Во-первых, это идеология повиновения позитивному праву в смысле беспрекословного долга адресатов нормы исполнять любые повеления государства (иного нормотворческого авторитета), идеология отрицания высших по отношению к позитивному праву предписаний, которые бы этот долг ограничивали. Во-вторых, в качестве права позитивистами определяется все то, что создано или признано управомоченными органами согласно установленным правилам, а все остальное относится ими ко внеправовой сфере. В-третьих, позитивизм предполагает методологический принцип опоры на факты и отрицания прававых норм от оценочных суждений.

Эти признаки встречались во многих позитивистских доктринах, но тем не менее между ними нет необходимой внутренней взаимосвязи — можно быть позитивистом в одном смысле и не быть в другом. Так, учению Г. Кельзена присущи второй и третий признаки позитивизма, но это не дает оснований для экстраполяции на его учение первую теорию прав человека на основе позитивистской методологии (см.: *Bobbio N. L'età dei diritti*. Torino, 1990).

<sup>1</sup> См.: Вебер М. Смысл «свободы от оценки» в социологической и экономической науке // Вебер М. Избранные произведения / Пер. с нем. П. П. Гайденко, М. И. Левина, А. Ф. Филиппова. М., 1990. С. 547—601.

<sup>2</sup> В своей статье 1958 г., ставшей классической, Г. Л. А. Харт выделяет пять признаков юспозитивизма, но два последних (4 и 5) считает необязательными. По мнению английского правововеда, для позитивизма характерны представления о том, что (1) право выделяется командой; (2) нет необходимой связи между правом и моралью; (3) правоведение должно быть обособлено от других социальных наук; (4) право является закрытой системой и (5) этические ценности непознаваемы (Харт Г. Л. А. Позитивизм и разделение права и морали // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 5. С. 112, сноска 25).

вого признака — идеологии следования властно установленным правилам<sup>1</sup>. Хотя нужно признать, что и в этом отношении чистое учение о праве было далеко от полной последовательности, что дает некоторым исследователям почву для сомнений в том, была ли теория Г. Кельзена на самом деле свободна от ценностного выбора<sup>2</sup>.

Внимание критиков позитивизма к вопросу об источниках обязывающей силы права и поискам ответа на него в позитивистских теориях объясняется тем значением, которое они уделяют этому вопросу в своих собственных построениях. Для них этот вопрос имеет решающее значение, поскольку механизм действия права мнится в позитивизме не как логическая цепочка, связывающая нарушение с установленными за него санкциями (концепция Г. Кельзена), и не как согласованная практика правоприменения (как у Г. Д.А. Харта или А. Росса), а как система ценностно значимых императивов, направленных на сознание адресатов и побуждающая этих адресатов к известным действиям.

Поэтому исходным пунктом для рассуждений юснатуралистов и сторонников иных непозитивистских концепций, как правило, служит определение высшего источника обязывающей силы права — будь это Природа, Бог, Разум или что-то иное, — исходя из которого формулируются «неизменные» принципы права, соблюдать которые должны как законодатели и правоприменители, так и обычные адресаты норм. Из этого мета-права, высшего источника обязывающей силы, далее выводится обязательность норм позитивного правопорядка. Получается, что над позитивным правом надстраивается система этико-юридических принципов, а императивность позитивно-правовых норм, равно как и обязанность судей эти нормы применять, ставится в зависимость от их соответствия принципам такого мета-права — например, естественного права ранее и правам человека в современной юриспруденции.

Если наложить это декало на юснопозитивизм, то может сложиться впечатление, что обязывающая сила права его сторонниками тоже должна как-то обосновываться. Обычно это обоснование критики по-

<sup>1</sup> См.: Краевский Д. А. Эволюция понятий действительности и действительности права в чистом учении о праве Ганса Кельзена // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Т. 13. № 6. С. 45—70.

<sup>2</sup> См.: Поляков А. В. Чистое учение о праве Ганса Кельзена, идея естественного права и справедливость: взгляд коммуникативиста // Мир человека: нормативное измерение — 6. Нормы мышления, восприятия, поведения: сходство, различие, взаимосвязь: Сборник трудов международной научной конференции / Отв. ред. И. Д. Неважжай. Саратов, 2019. С. 205—223.

зитивизма ищут в угрозе применения организованного принуждения и, соответственно, в страхе адресатов норм перед таким принуждением. Позитивизм представляется как теория, утверждающая, что лицо подчиняется праву не потому, что уверено в его правильности, разумности и справедливости, а лишь потому, что боится наказания со стороны государства за нарушение законодательных установлений, и на этом страхе держится право. Такой часто встречающийся карикатурный образ юридического позитивизма, в рамках которого это философско-правовое направление объясняется через категорию обязывающей силы, а адресат нормы предстает как «тварь дрожащая», повинующаяся праву исключительно из страха<sup>1</sup>. Искать связь между так понимаемым позитивизмом и правами человека, действительно, бессмысленно. Ведь такие карикатурные позитивисты при обосновании обязанности следовать нормам пренебрегают сверхпозитивными принципами и должны опираться исключительно на страх перед принуждением, в котором якобы видят сущность права.

Ошибкой является не сама эта логика — теоретически она вполне возможна, а то, что она считается необходимой для позитивизма. Однако позитивисты могут обойтись без того, что неизбежно для их противников — от обоснования обязанности повиноваться праву, на котором строится любая непозитивистская теория права. Правда, надо признать, что в сочинениях некоторых сторонников юснопозитивизма можно встретить обоснование обязывающей силы права через угрозу принуждения — типичным примером является тот же И. Бенгам.

Стандартная для непозитивизма логика обоснования механизма воздействия правовых норм на поведение их адресатов заключается в том, что от высказывания о том, что лицо обязано вести себя известным образом, нужно прийти к основанию этого обязательства, т. е. объяснить, по каким этическим основаниям в конечном счете на лицо возлагается эта обязанность. Для невнимательного интерпретатора учения Г. Кельзена велик соблазн поставить на место этого конечного этического основания его основную норму. Но в работах Г. Кельзена нет ничего, чтобы позволяло сделать такой вывод<sup>2</sup>. Такой ход рассуждений очевидно противоречит двум основным тезисам позитивизма — раздельно-тезису и тезису о социальных источниках,

<sup>1</sup> Описание этих мифов о юридическом позитивизме и их критику см.: Жуков В. Н. Доматический метод и мифы юридического позитивизма // Государство и право. 2018. № 5. С. 45—51.

<sup>2</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. С. 240—242.

поскольку вменение обязанности следовать нормам означает связку с определенными этическими ценностями, в силу которых устанавливается данная обязанность.

Именно поэтому Г. Кельзен решительно выступает против такого подхода, в том числе и против теории взаимного признания как основы обязательности норм правопорядка в учении К. Биндинга. Основной задачей правовой нормы К. Биндинг считал установление личной обязанности субъектов выполнять определенные действия или воздерживаться от них — без предположения этой обязанности он не видел возможности вменить лицу ответственность за противоправное поведение<sup>2</sup>. В концепции К. Биндинга ответственность оказывалась производной от факта взаимного признания, благодаря которому лица приобрели правосубъектность, а взамен молчаливо соглашались следовать праву и претерпевать санкции за его нарушения. Эта концепция будет неоднозначно, с разнобразными модификациями, повторяться в философско-правовых построениях.

Г. Кельзен предлагает иную схему, позволяющую оставить в стороне вопрос об обязывающей силе права. В качестве основного адресата норм у Г. Кельзена выступает правоприменитель, который действует не в силу возложенной на него обязанности, а на основании предоставленной ему компетенции, что позволяет описать правопрядок в терминах цепочки компетенций, и уйти таким образом от этических ценностей при описании действия права, особенно — от поиска конечного основания обязанности адресата нормы следовать ей и, соответственно, осования правомочия нормотворца возлагать на адресатов обязанности.

В такой постановке вопроса и заключена оригинальность концепции австрийского мыслителя, сущность ее претензии на чистоту —

<sup>1</sup> См.: *Kelsen H. Nauftrprobele der Staatsrechtslehre*. Tübingen, 1923. S. 270—299.

<sup>2</sup> См.: *Binding K. Die Normen und ihre Urbreitung*. Leipzig, 1890. Впрочем, идея взаимного признания как основы валидности правопорядка отнюдь не гарантирует защиты прав человека, о чем часто забывают ее горячие сторонники из числа российских правоведов. Сам К. Биндинг пришел к выводу о том, что только лица, обладающие моральным сознанием, достойны признания в качестве субъектов права. В связи с чем он не видел правовых препятствий для уничтожения сумасшедших и иных лишенных такового сознания существ, которые до правосубъектности не достигали по причине невозможности принять участие в правовом общении. Следуя этой логике, К. Биндинг пришел к обоснованию «Разрешения на уничтожение жизни, несостоятельной жизни» (*Binding K., Noche 4. Die Freigabe der Verlichung lebensunwerten Lebens: ihr Maß und ihre Gotn. Leipzig, 1922*). Таким образом, идея взаимного признания не является философским камнем, позволяющим разрешить все связанные с защитой прав человека теоретические проблемы и, при незначительном применении, может привести к отрицанию таковых прав за человекомскими существами, наличие коммуникативной природы у которых может быть поставлена под сомнение.

с ней можно соглашаться или не соглашаться, но невозможно понять данную концепцию, не разобравшись с вопросом о том, каков механизм воздействия норм на их адресатов. Г. Кельзен очень старательно описывал этот механизм, исключая из него как социальные факты, так и оценочные суждения, хотя, как будет показано ниже, он не всегда был в этом последователен.

Для Г. Кельзена норма права в первую очередь устанавливает не обязанность и не ответственность, а вменение, т. е. связку одного факта (установление нарушения правила поведения) с другим фактом (установление в правопорядке санкции за такое нарушение). Эта связка оказывается возможной за счет норм компетенции, которые управомочивают определенный орган на вменение нарушителя последствий нарушения, т. е. санкций<sup>1</sup>.

В этой перспективе норма не функционирует по привычному нам силлогизму «если имеют место определенные обстоятельства, то лицо обязано вести себя таким-то образом, иначе должны наступить такие-то неблагоприятные последствия». Для Г. Кельзена адресатом нормы выступает правоприменитель, а структура нормы выражается через силлогизм: «если правоприменительный орган устанавливает факт совершения запрещенного правонарушения деяния, то такой орган наделен компетенцией связать с этим нарушением неблагоприятное последствие, т. е. санкцию». При этом вменение санкции описывается как вменение неблагоприятного последствия самому деянию, а не нарушителю, т. е. оно происходит не через категорию ответственности или обязанности человека, в основе которой всегда лежат известные морально-этические посылки, которыми оправдывается наказание нарушителя нормы. Примером морализаторского дискурса о юридической ответственности, которого Г. Кельзен пытался избежать в своем чистом учении, могут выступать такие утверждения: «человек как обладающее свободной волей существо, обязанное отвечать за следанный им поведенческий выбор, должен претерпеть неблагоприятные последствия за неправильный выбор» либо «облегченное компетенцией лицо в силу своего положения обязано установить нарушение и применить санкцию». Связывая вменение санкции непосредственно с фактом нарушения, Г. Кельзен уходит от такого рода фундаментальных утверждений<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Kelsen G. Чистое учение о праве* / Пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. С. 46 и далее.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 142 и далее.

Дело тут не в моральном индифферентизме, в котором часто упрекают австрийского правоведа, а в том, что невозможно заранее установить, как заполнит рамочную общую норму правоприменитель в каком конкретном случае. Центральное значение в динамическом аспекте имеет определение не правил поведения или санкций за их нарушение, а распределение компетенций между органами правоприменения. Все эти органы — от законодателя до судьи или следователя — участвуют в создании норм права, которое одновременно является их применением<sup>1</sup>.

Почти каждая норма правоприменения может быть реконструирована таким образом<sup>2</sup>. Тогда обретает смысл учение о динамической структуре и ступенчатом устройстве правоприменения, где есть лишь рамочные нормы, которые дополняются субъектами правоприменения при реализации ими своей компетенции. Именно в этом смысле стоит интерпретировать известное высказывание Г. Кельзена о том, что право может иметь любое содержание<sup>3</sup> — содержание не задается заранее общими, рамочными нормами, окончательно оно определяется субъектом правоприменения, который применяет общую норму путем создания в ее рамках индивидуальной нормы с конкретизированным применением к спорной ситуации содержанием. Как было показано выше, в качестве содержания индивидуальной нормы Г. Кельзен рассматривает изменение неблагоприятных последствий правонарушения (не правонарушительно).

Из того, что право может иметь любое содержание, нельзя вывести ни тезис о том, что любому праву с любым содержанием следует подчиняться, ни тезис о том, что в правоприменении могут существовать совершенно аморальные и абсолютно несправедливые нормы. Во-первых, Г. Кельзен старается уйти от обоснования обязывающей силы норм, а во-вторых, вопрос об аморальности норм права лишен смысла, поскольку общие нормы не имеют конкретного содержания<sup>4</sup> и поэтому не могут как таковые соответствовать или противоречить морали.

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Указ. соч. С. 240 и далее.

<sup>2</sup> Известные трудности с дерогационными, дефинитивными, деклараторными и некоторыми иными нормами, которые Г. Кельзен проанализировал в работах 1960-х гг., в частности в незавершенной «Общей теории норм» (*Kelsen H. General Theory of Norms / Trans. and ed. by M. Hartney. Oxford, 1991*), могут здесь быть оставлены в стороне.

<sup>3</sup> «...Абсолютно любое содержание может быть правом. Не существует человеческого поведения, которое как таковое — в силу своего содержания — завсегда не могло бы составлять содержание правовой нормы» (*Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. С. 246*).

<sup>4</sup> См.: *Тролер М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка // Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / Под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012. С. 196—204.*

Такое противоречие может иметь место, только когда правоприменители создают конкретные правила (индивидуальные нормы) для отдельных индивидуальных случаев, и эти конкретные правила требуют от адресатов иного поведения, чем моральные нормы. Именно в данном случае и оказывается релевантным суждение об этическом статусе индивидуальных правил (нормы). Компетентен ли правоприменитель создать противоречащую морали индивидуальную норму, зависит от того, имеются ли в правоприменении положения, которые запрещают индивидуальные нормы с определенным содержанием. К таким положениям можно, например, отнести часто встречающиеся нормы, предписывающие, чтобы решения судов были справедливыми (запрещающие их несправедливость) или чтобы субъекты права при осуществлении своих правомочий воздерживались от злоупотреблений ими, не ключали сделки, противоречащие основам морали и нравственности, и т. п.

Если таких норм в позитивном правоприменении нет, то для реализующих право субъектов не будет и каких-либо метаправовых ограничений на создание индивидуальных норм даже с аморальным содержанием (точнее, содержание которых будет казаться аморальным с точки зрения чьих-то этических убеждений). Это, разумеется, не означает, что Г. Кельзен и другие позитивисты выступают вообще против позитивно-правовых ограничений на содержание создаваемых правоприменителями индивидуальных норм либо призывают к моральному индифферентизму. Нетрудно убедиться, что позиция Г. Кельзена была как раз противоположной<sup>1</sup> — такие ограничения нужны, но они не должны выставляться как эманация каких-то надправовых ценностей, вроде разума или природы человека, а быть результатом правового процесса согласования интересов большинства и меньшинства — компромисса, фиксируемого в форме общих норм. Это и было лейтмотивом кельзеновского учения о демократии<sup>2</sup>.

В контексте чистого учения освобождение права от связи с ценностями служит для выведения за рамки науки о праве вопроса о том, необходимо ли подчиняться праву, и если да, то каково обоснование этого подчинения. Отправным моментом для описания действия права является не обязывание или власть, а компетенция, которая предоставляет одному субъекту правомочие издавать команды для другого

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Норма и ценность // Известия Уральского федерального университета. Серия 3. Общественные науки. 2017. № 2 (12). С. 71—77.

<sup>2</sup> См.: *Эрлер К. М. Кельзен о демократии: теория и ее время // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина. 2019. № 4 (56). С. 41—54.*



обоснованную нормативность (*justified normativity*), что предполагает, что «правовая система может рассматриваться как нормативная только народом, считающим ее справедливой и одобряющим ее нормы через принятие их в качестве части своих моральных воззрений»<sup>1</sup>.

Это возможное истолкование *Gelindot* также находилось в центре дискуссии между Г. Кельзеном и его учениками в Зальцбурге в 1961 г., по результатам которой мыслитель был вынужден признать частичную правоту критики и переформулировать основную норму<sup>2</sup>. Анализируя различные формулировки *Gelindot* в кельзеновской теории, Е. В. Булыгин небезосновательно настаивает на внутреннем противоречии двух борющихся между собой в теории австрийского правоведа методологических принципов — неокантианства (понимание нормы как должностования, опирающегося на теорию двух миров — должного и фактического), и императивной (экспрессивной) теории, которая видит в норме словесную формулировку волеизъявления<sup>3</sup>. С. Полсон пытается это противоречие примирить, считая возможным реконструировать все высказывания Г. Кельзена об обязывающей силе как предполагающие гипотетическую связь между противоправным действием и компетенцией определенного органа применить санкции<sup>4</sup>.

В философско-правовом дискурсе как в России, так и в мировой науке преобладает именно первое прочтение основной нормы — как источника обязывающей силы права. Этому есть две причины. Первая уже была упомянута — критики обычно пытаются объяснить чистое учение с точки зрения своей собственной методологической перспективы, на разрушение которой, кстати говоря, с самого начала это учение было направлено. Г. Кельзен последовательно выдвигал возражения против увязывания действия (юридической силы) права с целью почкой прав и обязательств, соблюдение которых по тем или иным причинам считается необходимым для адресатов норм. По мнению австрийского правоведа, эти причины всегда носят метаправовой характер и относятся к этике, религии, идеологии или иным мировоззренче-

<sup>1</sup> *Karl J. Kelsen's Theory of the Basic Norm* // *Karl J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford, 2009. P. 134.

<sup>2</sup> Это нашло отражение в его статье 1963 г.: *Kelsen H. Die Grundlagen der Naturrechtliche // Österrische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1963. No. 13. S. 117—162.

<sup>3</sup> См.: *Buylgin E. V. Проблема действительности по Кельзену* // *Нормативные системы и другие работы по теории и философии права* / Под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб., 2013. С. 344—357.

<sup>4</sup> См.: *Paulson S. L. The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*.

ским системам<sup>1</sup>. Не то чтобы Г. Кельзен не соглашался с самими этими оценочными суждениями и стоищими за ними ценностями. Как было показано выше, он лишь предостерегал против искажения научного описания права в результате того или иного ценностного выбора, который будет диктовать исследователь, какие аспекты права первичны, а какие вторичны, более или менее существенны и т. д.

В качестве другой причины можно указать на лингвистическую проблему. Она связана с применением к учению Г. Кельзена термина «обязывающая сила» (англ. *binding force*), который предполагают имплицитную отсылку к валидации или к обязыванию, а через них — к проблематике обязывающей силы права. Эта проблема порождена переводами кельзеновских работ, поскольку лингвистические средства не всегда позволяют передать точное значение немецкого термина *Gelting*. Этот часто используемый Г. Кельзеном термин указывает сразу на два измерения права — его фактическое существование, его эффективность, реальную принудительность, с одной стороны, и его значимость и обоснованность — с другой<sup>2</sup>. Похоже, что Г. Кельзен не задумывался о двузначности этого понятия, лежащего в основе его философско-правовой концепции, что, в частности, привело к многозначности теории основной нормы<sup>3</sup>. Стоит отметить, что лингвистически термин *Gelting* может означать также связь между нарушением нормы и его последствием, на что указывают однокоренные значения «воздаяние» или «возмездие» в понятии *Vergeltung*. Такая связь нерелекно описывается Г. Кельзеном как синонимичная юридической силе, действию (*Gelting*) права.

Возможно, австрийскому правоведа не хватало последовательно-сти в его рассуждениях о механизме правового воздействия и о роли, которую представления адресатов норм о должном поведении играют в действии этого механизма<sup>4</sup>. Основатель чистого учения о праве пытался провести четкое различие между моральным должностованием, обосновываемым при помощи отсылки к этическим ценностям — абсолютным или относительным, и должностованием юридиче-

<sup>1</sup> См.: *Kelsen H. Чистое учение о праве* / Пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. С. 314.

<sup>2</sup> См.: *Haberl H. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main, 1992. S. 45—60.

<sup>3</sup> См.: *Waller R. Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag* / Hrsg. A. Arntje, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, D. Wuydickel. Berlin, 1993. S. 85—100.

<sup>4</sup> См.: *Paulson S. L. Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1998. Vol. 18. Iss. 1. P. 153—166.

ским (так называемым описательным должностованием, *deskriptives Sollen*). Первая разновидность должностования предполагает отсылки к ценностям, а вторая отражает логику описания правопорядка, позволяющую объяснить тот смысл, вложение которого в фактические поступки людей делает эти поступки юридическими, но при этом не содержит в себе обоснования обязанности адресата нормы вести себя тем или иным способом<sup>1</sup>.

Несмотря на определенную недосказанность, представляется достаточно очевидным, что Г. Кельзен склонялся именно к последнему истолкованию *Gelting*, опираясь на него в своих концептуальных схемах. Это подтверждается и тем, что термин *Rechtswirkung* встречается у него преимущественно в контекстах, предполагающих не связывание поведения адресата неким обязательством, а скорее создание рамок, в которых правоприменитель принимает решение о реализации санкции. В этом, помимо прочего, заключается смысл учения о ступенчатом устройстве правопорядка (*Stufenbau*). При этом Г. Кельзен осознает опасность ценностного дискурса в научном описании права и поэтому старается заменить традиционный термин «обязывание» на «вменение» (*Imposition*). Это понятие указывает не на связывание адресата обязательством, а на то, что поведение адресата истолковывается так, что ему присваивается определенный правовой смысл — речь идет не об этической квалификации поведенческого акта, а о его герменевтическом истолковании. В этом смысле норма для Г. Кельзена есть не что иное, как схема истолкования?

При таком прочтении кельзеновского учения нормативность (действительность, действие) права указывает лишь на то, что норма приобретает юридические свойства, если она описывается как включенная в правовой порядок. Речь идет о том, что любой правовой акт начинает свое юридическое существование после выполнения определенных правовых условий (издание компетентным лицом в установленной форме и проч.). Действие нормы права, ее юридическая сила означает в конечном счете выводимость компетенции ее создателя из вышестоящих норм, возможность ее принудительной реализации через нижестоящие (индивидуальные) нормы и конкретные правоприменительные акты<sup>2</sup>. Конечно, не так просто разделить компетенцию в смысле де правомочия судьи применить норму и компетенцию в смысле его

<sup>1</sup> См.: *Heidentipp C.* Die Norm als Tatsache. Vaden-Vaden, 1997.

<sup>2</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова, С. В. Лезова. 2-е изд. С. 12—13.

<sup>3</sup> См.: *Thorer M.* Ross, Kelsen et la validité // *Troisiéme société*. 2002. N° 50. P. 47.

обязанности применить норму. Следует признать, что «описательное должностование» и иные схемы кельзеновского учения не позволяли последовательно провести такое разграничение, что привело к значительной путанице, которую Е. В. Булыгин охарактеризовал как антиномно<sup>1</sup>.

Дальнейшая трудность, с которой сталкивается Г. Кельзен, заключается в том, что правовой порядок является эффективным, если его адресаты в общем и целом повинуются образующим его нормам. При этом степень такого повиновения не должна опускаться ниже некоего разумного минимума — эту степень Г. Кельзен никогда не пытался конкретизировать. В этом заключается сущность его тезиса о минимальной эффективности (действенности) правопорядка как условия его действительности, которая доставила философам права столько поводов для споров.

При желании и с известными натяжками этот тезис можно истолковать как утверждение о том, что действительность права как его обязывающая сила зависит от того, что субъекты признают свою связанность им, обязанность повиноваться нормам, и что степень такого признания не снижается ниже некоего минимума<sup>2</sup>. В этом отношении А. В. Поляков интерпретирует кельзеновскую концепцию в том смысле, что норма права вменяет лицу обязанность известного поведения, и эта обязанность в конечном счете выводится из основной нормы как высшего источника обязывающей силы всех правовых норм. Сама же обязывающая сила предстает как социальный факт, следующий из того, что лицо признает правосубъектность других лиц, уважая их свободу и достоинство как носителей прав и обязанностей, и взамен получает такое же признание своей правосубъектности<sup>3</sup>.

Данная интерпретация предполагает факт признания субъектами адресованных им норм, а из этого признания выводятся обязанности

<sup>1</sup> См.: *Булыгин Е. В.* Антиномия в чистом учении о праве Кельзена // Булыгин Е. В. Избранные работы по теории и философии права / Под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Диванюк, С. И. Максимова. СПб., 2016. С. 222—245.

<sup>2</sup> См.: *Поляков А. В.* Принципы взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2021. Т. 16. № 6. С. 39—101.

<sup>3</sup> А. В. Поляков утверждает, что «признание правопорядка через истолкование его норм людьми, которым эти нормы адресуются, прямо обозначаются Кельзеном как условие возникновения права» (*Поляков А. В.* Чистое учение о праве Ганса Кельзена, идея естественного права и справедливости: взгляд коммуникативиста. С. 209), хотя при этом не приводит — ни в этой статье, ни в последующих полемических работах на эту тему — ссылки на фрагменты, где Г. Кельзен «прямо» так об этом бы писал.

субъектов соблюдать нормы через обоснование их обязанности признать правосубъектность иных лиц, чьи права устанавливаются и защищаются нормами, что позволяет установить связь между действующими правами и ценностями<sup>1</sup>. Такую конструкцию у Г. Кельзена можно увидеть, лишь закрывая глаза на то, что именно против подобных построений он и боролся в своем чистом учении. Его программа заключалась в выводе за пределы науки о праве вопроса об этическом или ином обосновании обязанности следовать нормам, поскольку при этом невозможно избежать обращения к ценностям и (или) к социальным фактам<sup>2</sup>. Возможно, эта идеолого-критическая задача очищения науки о праве от чужеродных ей элементов потерпела неудачу, и Г. Кельзену, несмотря на провозглашенную им методологическую программу, так и не удалось окончательно избавиться от оценочных суждений в праведении, но это уже другой вопрос<sup>3</sup>.

Действительно, здесь Г. Кельзен сталкивался с фундаментальной философско-правовой проблемой — как совместить в правовом регулировании начала гетерономии и автономии. С одной стороны, невозможно добиться единообразия в представлениях людей о справедливости и иных ценностях и, с другой — право должно быть единообразным, чтобы устанавливая для всех единый порядок поведения. Единообразие можно добиться либо формальными средствами, вводя систему общих принудительных норм, получающих от их создателей одинаковое для всех адресатов волевое содержание (такой путь избирают позитивисты), либо за счет установления общих ценностей, которые защищаются правом и поэтому становятся его содержанием, обязательным для всех (путь непозитивизма). Последняя опция оказывается реализуемой только при допущении единства ценностей убеждений людей, что на самом деле не так. Если же ценности в статусе общеобязательных будут означать отрицание всех остальных убеждений, что создает угрозу для политических и иных меньшинств. Дополнительными аргументами в пользу раздельного тезиса позитивизма у Г. Кельзена выступают недопустимость предположе-

<sup>1</sup> См.: *Поляков А. В.* Справедливость как следование принципам права // *Жизнь и справедливость в праве?* / Под ред. Д. И. Луквской, Н. И. Мальшевой, М. И. Юдиной. СПб., 2022. С. 40 и далее.

<sup>2</sup> См.: *Кравецкий А. А.* Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2015. № 2 (319). С. 88—125.

<sup>3</sup> Об этом см.: *Leitert M.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / Пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. С. 621—658.

ния о наличии абсолютной морали, а также запрет легитимации правящего принуждения через увязывание его с этическим долгом повиновения власти и ее приказам. Первое предположение лишает человека свободы этического выбора, поскольку утверждает некие ценности как не подлежащие сомнению. Второе требование заставляло бы человека слепо следовать командам, авторитет которых подтвержден господствующими религиозными, этическими и иными учениями и исходит от официальных представителей правопорядка.

Обоснование нравственного авторитета правовых норм могло бы дать нормотворческой власти (государству, церкви и другим институтам) инструмент для того, чтобы путем их издания устанавливать нравственные ценности, границы морально дозволенного, требовать безусловного повиновения в тех вопросах, которые должны оставаться делом автономного морального суждения человека. Поэтому ни государство, ни церковь, ни общество не должны получать возможность монополизировать этический дискурс через возведение тех или иных ценностей в статус общеобязательных при помощи обоснования действительности правовых норм через эти ценности<sup>1</sup>.

Как строгий последователь этического учения И. Канта, Г. Кельзен был уверен в том, что моральное суждение лица должно принадлежать его автономному выбору, а не определяться гетерономно правовым или политическим принуждением. Человек может ошибаться в своих моральных суждениях, но это не дает оснований для того, чтобы предоставлять государству и другим социальным институтам возможность принимать моральные решения вместо человека, спасая его от искушения собственной свободой, и придавать таким решениям статус общеобязательности через закрепление в правовых нормах.

Цель кельзеновского разделения морали и права заключалась в том, чтобы за каждым человеком оставалось моральное решение о том, следовать ли позитивному праву или восстать против него. Противоположная точка зрения, предполагающая связь права и морали, на этой основе отстаивает либо консервативное требование сохранения существующих порядков, либо революционное требование их изменения, возлагая на человека обязанность следовать этому этическому решению, которое якобы задано объективно<sup>2</sup>. В результате субъект пра-

<sup>1</sup> См.: *Дидкин А. Б.* Философия права Ганса Кельзена: религиозизм и пересмысление причинности // *ΣΧΟΛΗ (Scholē)*. Философское англковедение и классическая традиция. 2015. Т. 9. Вып. 2. С. 265—282.

<sup>2</sup> См.: *Bérlin I.* Две концепции свободы // *Современный либерализм*. Ролз, Бёрлин, Дворкин, Кимлика, Сэндел, Тейлор, Уолдрон / Пер. с англ. Л. В. Маковой. М., 1998. С. 19—43.

ва приводится либо к покорному квиетизму (поскольку предполагается соответствие права морали), либо к моральной анархии (поскольку каждый решает для себя, какое поведение для него обязательно).

В этой перспективе становится более понятным стремление Г. Кельзена освободить право и его действие от необходимой связи с этическими и иными ценностями. Принадлежность нормы к правопорядку ничего не говорит о ее моральных или иных качествах. Г. Кельзен не устанавливает связи между суждением о принадлежности нормы к правопорядку, с одной стороны, и ее соответствия неким ценностям — с другой. А лишь такая связь могла бы логически позволить сформулировать тезис о моральном долге лица подчиняться норме или всему правопорядку в целом, т. е. обосновать обязывающую силу права<sup>1</sup>.

Как было показано выше, такое обоснование для Г. Кельзена недопустимо, поскольку насаждение единообразия в важнейшей для людей сфере духовной жизни — в их моральных суждениях — произошло бы уничтожением индивидуальной свободы. Но из этого не следует и другая крайность — требования к юристу быть морально безучастным свидетелем происходящих вокруг событий, сервильным слугой власти имущих. Никаких оснований для такого требования в работах Г. Кельзена найти нельзя, да и сам его жизненный путь свидетельствует о том, что он имел твердые этические убеждения, которые определяли его отношения к социально-политическим событиям и за защиту которых он неоднократно подвергался преследованиям<sup>2</sup>.

Понимаемая таким образом исследовательская программа Г. Кельзена и лежащие в ее основе методологические принципы не исключают постановки вопроса о правах человека в рамках чистого учения о праве. Это учение, действительно, не приспособлено для обоснования прав человека, равно как и для обоснования какого-либо другого института или системы воззрений. Как было показано выше, такое обоснование противоречило бы основному принципу этой теории — его «чистоте», которая требует выведения за пределы юридической науки рассуждений о ценностях. Но нормативность права отнюдь не исключается перфективной обоснования обязательности его норм для адресатов.

Г. Кельзен никогда не исключал совместимости идеи прав человека с его теорией. Прямо об этом он ничего определенного не писал, но

<sup>1</sup> См.: *Antonov M. V.* Ценностный дискурс в вопросе о действии норм права // *Релятивизм в праве: Коллективная монография / Под ред. И. И. Оветимской*, Е. Н. Тонкова. СПб., 2021. С. 144—168.

<sup>2</sup> См.: *Dreyer H.* Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Baden-Baden, 1986.

из системы его взглядов на международное право — а права человека стали неотъемлемой частью после их позитивации во Всеобщей декларации прав человека 1948 г.<sup>1</sup> и других международно-правовых актах — следует, что в рамках кельзеновской теории права человека могут пониматься как обязательные юридической силой принципы. Эти принципы могут иметь судебную защиту со стороны органов международной юстиции и обладать приоритетом по отношению к внутреннему праву государства с точки зрения обосновываемой Г. Кельзеном монистической теории соотношения международного и государственного права. Позитивация прав человека, ставшая результатом послевоенных дебатов об ограничении юридического всемогущества государств, привела к возникновению нового правового института, по своей структуре принципиально отличного от старого учения о естественных правах.

Конечно, нельзя отрицать преюбельность этих систем представлений — интеллектуальной опорой для конструирования прав человека как защищаемого мировым сообществом позитивно-правового института послужила предшествующая традиция рассуждений о правах, производных от природы, которая зачастую находила свое воплощение в юснатуралистических идеях как античных и средневековых авторов, так и в базовых документах Нового времени, в частности, Французской декларации прав человека и гражданина 1789 г. или Декларации независимости США 1776 г.

Права человека, закрепленные во Всеобщей декларации 1948 г. и других международно-правовых актах, содержательно весьма схожи с теми каталогами естественных прав, что ранее составляли философы и политики. Но механизм защиты и реализации этих прав принципиально различен. До закрепления естественных прав в источниках позитивного международного права они существовали лишь на уровне мировоззренческих представлений и принципов в трудах отдельных авторов. Их защита юридически не гарантирована, если позитивный правопорядок эту защиту не предоставил.

Закрепление прав человека в международных договорах, декларациях и иных источниках международного права впервые универсализирует их в юридическом смысле и, при принятии монистической концепции соотношения государственного и международного права (с приоритетом последнего), позволяет рассматривать права человека

<sup>1</sup> Принята Резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. Все документы ООН здесь и далее приводятся по: United Nations. URL: <https://www.un.org/>, иное оговаривается специально.

как вышестоящий по отношению к государственному праву институт, создающий позитивные правовые обязанности для государства (нормы *ius cogens*), делающий их соблюдение государством не вопросом самообязывания, а следствием подчинения государства и его права вышестоящему международному правопорядку. Такой подход снимает кажущуюся проблему несовместимости позитивизма и идеи стоящих над государственным правом и обязательных для него прав человека, позволяет им получить реальную правовую защиту со стороны международного сообщества. Каковы конкретные приемы и пределы этой защиты — это уже вопрос юридической техники и политики.

Дискуссионным остается и вопрос о том, насколько так понимаемые права человека совместимы с идеей государственного суверенитета, которая в ее традиционном прочтении не допускает ограничения государственной власти чем-либо, включая международно-правовые нормы и принципы. Чистое учение о праве позволяет достаточно легко преодолеть эту трудность, лишая государство монополии на правовое верховенство<sup>1</sup>. Концепция суверенитета критикуется Г. Кельзеном как чисто идеологическое построение, призванное утвердить правовое верховенство государства. На этой идеологической конструкции базируется и ограничение круга субъектов международного права государствами, с исключением из него граждан — точка зрения традиционной юриспруденции, с которой австрийский правовед не соглашался<sup>2</sup>. Отрицание сущностного различия между государственным и международным правом позволило Г. Кельзену допускать международную правосубъектность физических лиц и обосновывать обязанности, которые могут быть вменены государству по отношению к его гражданам с точки зрения международного права. Эта идея, высказанная им в гаагском курсе лекций 1932 г., на тот момент носила революционный характер — по меньшей мере, для немецкого правоведения<sup>3</sup>.

Понимание Г. Кельзеном государства как персонализированного правопорядка также направлено на защиту прав и свобод индивида от всемогущего Левиафана, каковым предстает государство, если его уподобить личности или организму. Все это показывает отрицательное отношение Г. Кельзена к тезису о юридическом всевластии госу-

<sup>1</sup> Об этом см.: *Тимошина Е. В.* Право без суверена: Проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Право и государство. 2015. № 4 (69). С. 86—93.

<sup>2</sup> См.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова. С. В. Лезова. 2-е изд. С. 397—410.

<sup>3</sup> См.: *Kelsen H.* Theorie générale du droit international public: problèmes choisis. Paris, 1942. Vol. 42.

дарства. В этом отношении его концепция, в особенности его послевоенные (после 1945 г.) работы о международном праве, может служить богатым источником идей для разработки нормативно-правовых механизмов защиты прав человека<sup>1</sup>.

Еще один важный момент в чистом учении о праве — отрицание самодовлеющего значения субъективных прав, которые нередко рассматриваются как нечто, противостоящее объективному праву и предшествующее ему как во времени, так и в ценностном отношении<sup>2</sup>. Казалось бы, такая позиция приводит и к отрицанию прав человека. Но это отнюдь не так. Нормы международного права могут определить и защитить права человека, не описывая их при этом как правовые привязания отдельных индивидов. Права человека могут также интерпретироваться как обязанности государства перед международным сообществом на основании международного права, что представляет собой более адекватное и реалистичное их описание, чем конструкция обязанностей государства перед своими гражданами, которая зиждется на определенной этической концепции, естественном праве или его аналоге.

Важно избежать путаницы между установленным правопорядком статусом лиц и принадлежностями им правомочиями, с одной стороны, и тем или иным этическим учением о достоинстве, автономии и иных качествах человека, которым может обосновываться соответствующий его правовой статус, — с другой. В истории политико-правовых представлений нередко случалось, что в борьбе за первое люди ссылались на второе. В этом нет ничего удивительного. Но это не дает оснований для того, чтобы установленную нормами правопорядка правосубъектность смешивать с этическими учениями, положенными в основу ее обоснования. Нельзя исключать, что то или иное философское или религиозное учение получит нормативное закрепление в правопорядке (как, например, христианская этика в средневековом праве или Канта этака в некоторых современных правопорядках). Но этого нельзя и гарантировать, поскольку могут быть правопорядки, где соответствующее учение не обретает нормативной поддержки, а порой даже запрещается.

Логика отрицания субъективных прав в чистом учении заключается в следующем: Г. Кельзеном различия между требованиями лица к

<sup>1</sup> См., например: *Kelsen H.* Principles of International Law. New York, 1952. *idem.* Collective Security under International Law. Washington, 1957.

<sup>2</sup> См.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве / Пер. с нем. М. В. Антонова. С. В. Лезова. 2-е изд. С. 162 и далее.

другим равноположным субъектам права и требованиями, обращенными к представителям правопорядка. Для Г. Кельзена эти требования представляются собой отражение юридических обязанностей, которые не могли бы быть исполнены без закрепления правопорядком соответствующих правомочий за лицом и, в частности, правомочия обращения за юридической защитой к представителям правопорядка. Для того чтобы быть субъектом права и выполнять возложенные на него правопорядком обязанности, лицу должны быть гарантированы для этого юридические возможности, что достигается посредством закрепления за определенными органами компетенции на применение санкций и за препятствование реализации этих возможностей. При этом Г. Кельзен считает нецелесообразным давать судам возможность в обоснование своих решений ссылаться не на позитивированные нормы и принципы, а на абстрактные естественные права, поскольку это может привести к субъективизму, поставить под угрозу принцип законности и привести к подмене законодателя судьями<sup>1</sup>.

Такое учение о правах не предполагает какого-либо необходимого содержания наполнения правосубъектности — оно будет разным в различных правопорядках и будет зависеть от того, были ли в правопорядок введены соответствующие нормы, т. е. от конкретных формулировок международно-правовых или внутригосударственных актов. Действие, юридическое существование прав трудно обеспечить без соответствующих международно-правовых органов для их организованной защиты, прежде всего международных судебных органов. Это объясняет, почему Г. Кельзен был одним из немногих, кто выступал за создание нагосударственных органов для обеспечения мира и защиты прав и свобод человека и в целом сохранял верность Кантовому и дегау всемирного государства (*Weltstad*), что его современниками воспринималось как утопизм<sup>2</sup>.

Итак, можно ли говорить, что чистое учение о праве совместимо с учением о правах человека? Было предпринято множество попыток содержательного определения прав человека — это те права, которые необходимы для существования человека и направлены на обеспечение его фундаментальных интересов и потребностей, либо права, производные от интуиции человеческого достоинства и требования его охраны. Данные и любые другие определения прав человека указывают на ценности, избранные для их обоснования. Такие оценочные суж-

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) // Право и политика. 2006. № 8. С. 5—14; № 9. С. 5—18.

<sup>2</sup> См.: Kelsen H. Peace through Law. Chapel Hill, 1940.

дения претендуют на универсальность и поэтому, в свою очередь, будут отрицать иные, конкурирующие системы ценностей. Например, в перспективе некоторых религиозно-этических доктрин базовые физиологические потребности и сама жизнь человека могут не рассматриваться как важнейшие. Высшей целью жизни может считаться умерщвление плоти, ее желаний и устремлений, следование духовным авторитетам, жертвование личными благами, вплоть до жизни и свободы, ради религиозных принципов и интересов сообщества и т. п. Нет ничего неожиданного в том, что такая религиозная этика может вступить в конфликт с принципами либерального понимания прав человека<sup>1</sup>.

В целом попытки обосновать действие прав человека через отсылки к сущности человека, к его природе на протяжении многих веков — со времен софистов и стоиков — не принесли какого-либо определенного результата. Это и не удивительно, поскольку «природа человека» суть не онтологическая, а оценочная категория — это не то, чем по факту обладает каждый человек, а то, чем он должен — в перспективе того или иного философского или религиозного учения — обладать, чтобы соответствовать своему предназначению. То, что человек должен быть самодостаточной личностью, обладать автономией и даже иметь некие призывания по отношению к сообществу, быть свободным и уважать свободу других и т. п., не являются универсальными требованиями, поскольку можно найти культуры и общества, где такие требования не выдвигаются или даже осуждаются как идущие вопреки той же самой «природе» человека<sup>2</sup>.

Да и сама эта «природа» человека, даже если предположить, что она существует, не является чем-то неизменным. С одной стороны, очевидно, что условия существования людей и оценочные суждения о том, какими должны быть эти условия, меняются со временем и зависят от контекста каждого отдельного общества и его культуры. С другой стороны, «природу» человека можно менять через воспитание, религиозную дисциплину, политическую индоктринацию и многие другие средства, включая столь прозаичные, как реклама. История политико-правовой мысли знает множество утопических проектов по изменению «природы» человека, что находили свое описание

<sup>1</sup> Примером такого несогласия может служить известная мюнхенская дискуссия между Ю. Хабермасом и будущим Папой Римским: Хабермас Ю., Ратцингер И. (*Бenedикт XVI*). Диалектика секуляризации. О разуме и религии. М., 2006.

<sup>2</sup> См.: Кельзен Г. Естественное-правовое учение переломного момента // Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливость и естественное право / Пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступл ст. М. В. Антонова. С. 281—338.

в сочинениях различных мыслителей — от Платона и Т. Кампанеллы до Дж. Оруэлла и О. Хаксли.

Проблема универсализации прав человека заключается, среди прочего, в том, что их перечень бесконечно разнообразен и несводимы к единому знаменателю, действующему во все времена и в различных культурах. В этом смысле концепции прав человека повторяют судьбу естественно-правовых учений. Можно искать сущность этих прав в различных, порой конфликтующих между собой ценностях — свобода, равенство, справедливость и проч. Ценностный выбор между ними не может быть обоснован рационально — он, как правило, осуществляется человеком на основании интуиции, религиозных и иных убеждений. Такой выбор не следует универсализировать, поскольку тогда это будет не личный выбор, а выбор, осуществляемый государством, обществом, коллективом и иными надличными сущностями — выбор, возведенный в статус общеобязательного через увязывание его с нарративами об основах права, общества и государства.

Права человека — это не продукт природы, а результат многовекового развития множества цивилизационных центров. Развитие права не идет по неким объективным закономерностям, а зависит от активности вовлеченных в него лиц, их убеждений, от интенсивности их «борьбы за право» (Р. Иеринг<sup>1</sup>), баланса политических и иных сил, множества иных условий. Вероятно, те права и свободы, что были провозглашены во Французской Декларации 1789 г., были бы сформулированы иначе или не были бы сформулированы вообще, если бы штурм Бастилии не увенчался успехом, или королю удалось бы бежать за границу и собрать армию для подавления революции. Трудно представить себе появление Бесобшей декларации прав человека 1948 г., если бы Вторая мировая война не завершилась победой СССР и союзников. То же самое можно сказать и о всех каталогах прав человека, формулировки которых неизменно зависели как от обстоятельств их появления, так и от стоящих за этим людей, не говоря уже о различиях в интерпретации и установлении пределов защиты прав человека, что нередко связано с личными особенностями и убеждениями судей. Наделяясь на то, что права человека гарантированы чем-то объективным, вроде природы человека или неизменных условий межчеловеческого общения, — опасная иллюзия.

Поэтому не стоит рассматривать права человека исключительно как непозитивное метаправо, действие которого гарантировано самой природой человека и общества. Возможно, права человека в перепек-

<sup>1</sup> *Иеринг фон Р.* Борьба за право / Пер. с нем. П. П. Волкова. М., 1874.

тиве современных политико-правовых взглядов действительно должны лежать в основе любого правопорядка, но уповать на то, что это неизбежно произойдет, не стоит. Из того, что должно быть, мы не можем вывести то, что это есть и останется таким и в будущем. На практике мы нередко сталкиваемся с тем, что права человека не признаются позитивным правопорядком или не получают реальной судебной защиты, даже если формально провозглашаются. Без позитивации и содействия эффективных механизмов защиты права человека останутся в лучшем случае учениями о правильном праве и увещаниями по отношению к тем, кто создает и применяет позитивное право, но не станут действительным механизмом защиты свободного выбора человека от государственного вмешательства.

## § 2. Критические исследования прав человека: теория Костаса Дузинаса

Идеология прав человека является неотъемлемой составляющей современной либеральной политико-правовой дискуссии. С конца XVIII в. положения о естественных правах человека закрепляются в конституционных актах западных стран. Во второй половине XX в. идеология прав человека приобретает универсальный характер, находя свое нормативное воплощение не только в национальном законодательстве, но и в многочисленных международных актах. Сегодня идеология прав человека стала главной опорой в борьбе с различными проявлениями несправедливости. Современный мир пришел к консенсусу в отношении прав человека. Независимо от того, каких политический взглядов придерживается человек, он скорее всего не будет отрицать фундаментальность и ценность прав человека. Лидеры как демократических, так и авторитарных режимов декларируют свою приверженность правам человека. Вель отвергать права человека — значит выступать против нравственности, гуманизма и справедливости.

Тем не менее имеется большое число работ, посвященных критическому осмыслению феномена прав человека. Критику идеологии прав человека с разных философских позиций можно найти в трудах Х. Арендт<sup>1</sup>, Дж. Агамбена<sup>2</sup>, А. де Бенуа<sup>3</sup> и др. Значительно преуспело в данном отношении движение Критических правовых исследований

<sup>1</sup> См. *Арендт Х.* Истоки тоталитаризма / Пер. с англ. М., 1996. С. 389—404.

<sup>2</sup> См. *Агамбен Дж.* Номос власти. Суверенная власть и голый жизнь / Пер. с итал. М., 2011. С. 161—173.

<sup>3</sup> См. *Бенуа де А.* По ту сторону прав человека. В защиту свобод / Пер. с фр. С. Де-нисова. М., 2015.