

М. Иештедт*

Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена**

1. Легенда вместо чтения: о том, как обходились с чистым учением о праве Кельзена

Следует ли сегодня заниматься Гансом Кельзеном (1881–1973) и его теорией, которую он сам назвал «чистым учением о праве»? И не стоит ли, напротив, считать ее преодоленной, развенчанной и тем самым излишней? По отношению к этому учению немецкая наука государственного права (к которой нужно причислять и самого Кельзена до его эмиграции в 1940 г.) выработала защитный рефлекс и стратегию отторжения.

Дух противоречия характеризовал Кельзена с момента публикации в 1911 г. его диссертации «Основные проблемы учения о государственном праве с точки зрения учения о юридическом правиле». Тут можно упомянуть о спорных лозунгах, гнетущей обстановке и личных профессиональных лишениях этого венского правоведа, которые наложили на него свой отпечаток. Критики говорили о «пустой конструкции, лишенной всякого соприкосновения с действительностью» (Ойген Эрлих),¹ о «правоведении без права»,² о «государствоведении без государства»³

* Иештедт Маттиас — профессор Фрайбургского университета (Германия), руководитель и главный редактор проекта издания полного собрания сочинений Ганса Кельзена на немецком языке в издательстве «Mohr und Siebeck».

** *Jestaedt M. Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung // Kelsen H. Reine Rechtslehre. Tübingen, 2008.*

Перевод с нем. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru). Данный перевод выполнен при финансовой поддержке РГНФ (грант 11-03-00637а).

¹ *Ehrlich E. Grundlegung der Sociologie des Rechts. München; Leipzig, 1913. S. 6* (но при этом Эрлих, разумеется, не называет Кельзена напрямую). [Эрлих дословно писал о «внутренне пустых формальных произведениях, которые, чем абстрактнее они являются, тем менее оказываются связаны с действительностью» (Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 70). — Прим. пер.]

² *Heller H. Die Krisis des Staatslehre // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1926. N 55. S. 289.* — См. аналогичную характеристику со стороны Леонарда Нельсона: *Nelson L. Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über Grundlagen des Staats- und Völkerrechts insbesondere über die Lehre von der Souveränität. Leipzig, 1917.*

³ *Heller H. 1) Die Krisis des Staatslehre. S. 308–309; 2) Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. Berlin; Leipzig, 1927. S. 7; 3) Staatslehre. Leiden, 1934. S. 52, 96, 198.* — В последней работе Кельзен называется «антиполитиком» вместе с Паулем Лабандом и Георгом Еллинеком (S. 26, 52). Характеристика чистого учения о праве как «государствоведения без государства» восходит к самому Кельзену, который выступал за выделение в рамках науки о праве «государства как некоей отличной от правового

и об «очищенном от права чистом учении о праве»,⁴ о «выражении формалистского априоризма»,⁵ о «нормологизме»,⁶ который «не был свободен от ценностей, но лишен ценности сам по себе»,⁷ о «произвольной, хотя и остроумной игре понятий»,⁸ о методе, «сущность которого заключалась в разрушении» (Герман Геллер).⁹ Другие видели в этом учении «метафизический логичизм как мотив философии права этого рационального сверхчеловека» (Эрих Кауфман).¹⁰ Как считал Рудольф Зменд, теория государства и права Кельзена знаменовала «достижение точки невозврата» к фактической данности, «бесцельный и безвыходный тупик». Многие видели в Кельзене жреца «монотеистического культа Должного» (Александр Хольд-Фернек),¹² «зелота слепого нормативизма» (Карл Шмитт).¹³ Наиболее распространенной стратегией для того, чтобы отделаться от этого неудобного мыслителя изначально была диффамация Кельзена (по причине «чистоты», пронизывающей его правовое учение), как интровертно-аутистского, безосновательно-релятивистского, стерильно-формалистского, чуждого жизни и обманывающего практику, убегающего от действительности и боящегося оценок мыслителя, обитающего в башне из слоновой кости.

Именно такой подход к Кельзену был воспринят немецкой юриспруденцией — удивительно, как долго она придерживается этой позиции, несмотря на смену систем и режимов. Так, в национал-социалистическом учении о праве по поводу Кельзена говорили, что он «вознесся на вершины юридического номинализма, отвергая все нравственно-духовное содержание права и государства, своим неосмотрительным формализмом разрушил связь индивида

порядка сущности» (*Kelsen H. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen, 1922. 1 Aufl. S. 208.*)

⁴ *Heller H.* 1) Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart // Archiv des öffentlichen Recht. N 16. S. 321; 2) Staatslehre. S. 198 («Чистое учение о праве без права, нормативная наука без нормативности, позитивизм без позитивности»).

⁵ *Heller H.* Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. N 4. S. 201.

⁶ *Heller H.* Staatslehre. S. 185, 264.

⁷ Об учении Кельзена о государстве см.: *Ibid.* S. 55; *Stolleis M.* Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland. München, 1999. Bd. 3. S. 184. — Это мнение также разделяется Геллером, который говорил о «почти патологической остроте границ, проводимых в неокантианской концепции Кельзена».

⁸ *Heller H.* Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts. S. 21.

⁹ *Ibid.* S. 7.

¹⁰ *Kaufmann E.* Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft. Tübingen, 1921. S. 29–30. — «Это — самая настоящая историко-философская гавань рационалистической метафизики прогресса» (*Ibid.* S. 24).

¹¹ Полную цитату см.: *Smend R.* Verfassung und Verfassungsrecht. 1928 // Smend R. Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Berlin, 1968. 2 Aufl. S. 119.

¹² *Hold-Ferneck A.* Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens. Jena, 1926. S. 30.

¹³ *Schmitt C.* Der Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931. S. 30. — Хотя Шмитт не называет здесь Кельзена напрямую, тот отлично понимает нацеленность критики: *Kelsen H.* Wer soll der Hüter der Verfassung sein? // Die Justiz. 1930/1931. N 6. S. 576.

со сверхчеловеческими ценностями, с обществом» (Карл Ларенц),¹⁴ а чистое учение о праве получило впоследствии характеристику «выродка безродного, беспочвенного интеллектуализма» (Карл Герман Уле).¹⁵ Эти обвинения подержало через несколько десятилетий и социалистическое правоведение, которое переняло упрек в «отсутствии права» у Кельзена (Герман Кленнер).¹⁶ И в сравнительно недавних работах (хотя и посвященных несколько иной тематике) можно прочесть о «редукционистском формализме Кельзена» (Бернд-Кристиан Функ),¹⁷ учение которого стало выражением «методологического нигилизма» (Клаус Адомейт).¹⁸ Вместе с тем Кельзена не только резко отторгали, но и с воодушевлением принимали. Так, по свидетельству видных теоретиков права, Кельзен «бесспорно был ведущим правоведом своего времени» (Роско Паунд),¹⁹ «наиболее влиятельным автором наших дней в аналитической философии» (Герберт Лайонел Адольф Харт).²⁰ Кельзену даже был присвоен титул «юриста века» (Норберт Лезер),²¹ «владельца умов в праве и в науке о праве» (Вернер Кравиц).²²

Короче говоря, тот, кто профессионально не занимается теорией права, может (как кажется) спокойно игнорировать Кельзена, ссылаясь на критическую литературу о нем. Ну а для повседневной юриспруденции, использующей юридическую догматику, вполне достаточно думать, что пропагандируемые Кельзеном «бессодержательные стереотипы позитивистского формализма» (Томас Вестлинг)²³ уже устарели, сданы в архив и не требуют никакого внимания. С непониманием чистого учения о праве очень часто сочетается незнание этого учения.

Резкое отторжение и отвержение кельзеновского чистого учения о праве может удивить только тех, кто не знаком с тем провокационным и шокирующим значением, которое несла в себе доктрина Кельзена для юриспруденции того времени. Впрочем, для многих областей современной теории права как наследницы юриспруденции тех лет такое значение сохраняется. Назовем лишь

¹⁴ *Larenz K.* Recht- und Staatsphilosophie der Gegenwart. Berlin, 1935. 2 Aufl. S. 49 usw. (в первом издании работы 1931 г. данный пассаж еще отсутствовал).

¹⁵ *Ule C. H.* Herrschaft und Führung im nazionalsozialistischen Reich // *Verwaltungsarchiv*. 1940. N 45. S. 193.

¹⁶ *Klenner H.* Rechtsleere. Verurteilung der Reinen Rechtslehre. Berlin (Ost), 1972.

¹⁷ *Funk B.-C.* Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre // *Journal für Rechtspolitik*. 2000. N 8. S. 65.

¹⁸ *Adomeit K.* Rechtstheorie für Studenten. Normlogik — Methodenlehre — Rechtspolitologie. Heidelberg; Hamburg, 1979. 1 Aufl. S. 77. — См. также: *Braun J.* Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. München, 2001. S. 62.

¹⁹ *Pound R.* Law and the Science of Law in Recent Theories // *Yale Law Journal*. 1933/1934. N 43. P. 525.

²⁰ *Hart H. L. A.* Kelsen Visited // *UCLA Law Review*. 1962/1963. N 10. P. 709.

²¹ *Leser N.* Hans Kelsen (1881–1973) // *Neue Österreichische Biographie*. 1979. N XX. S. 29–39.

²² *Krawietz W.* Hans Kelsen — ein normativer Mastermind des Rechts und der Rechtstheorie für das 21. Jahrhundert? // *Rechtstheorie*. 2007. N 38. S. 33–98.

²³ *Vestling T.* Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1991. N 77. S. 348.

два примера. Во-первых, нужно упомянуть требование Кельзена о формулировании «чистого» и поэтому научного учения о праве, с помощью которого были бы преодолены как ненаучные все иные, «нечистые» учения профессионального сообщества юристов. Во-вторых, чистое учение о праве не выступало с последовательной критикой отдельных представителей догматической юриспруденции и теории права — критикой, которая от своей последовательности привела бы к воздвижению междисциплинарных границ и стала бы от этого опровержимой и безобидной. Это учение имело большое и многостороннее значение: оно было радикальным и постулировало не что иное, как коперниковский переворот в научном мышлении о праве. По сути, данное учение предложило новую юридическую картину мира, которая во многом не просто претендовала на дополнение и развитие этой старой картины, а заменяла ее собой. Если Иммануила Канта (значение которого в кельзеновской гносеологии далеко не исчерпывается его критической концепцией) можно характеризовать как «всеразрушителя»²⁴ прежней философии (и теологии), решительно покончившего с расхожими лозунгами и понятиями, то не будет преувеличением охарактеризовать роль Кельзена как «всеразрушителя» прежней юриспруденции. А «всеразрушитель» не может надеяться на пощаду. Та радикальность, с которой Кельзен ставил вопросы о существующем положении дел, легко вела к реакции, заключавшейся в полном отторжении его теории и в выработке иммунитета против нее с помощью изолированного словесного аппарата.

Поэтому кельзеновский проект, нацеленный на юридизацию права и наделение науки о праве собственно научным характером, до сих пор ощущает сопротивление со стороны самодостаточной юриспруденции, которая воспринимает данный проект как помеху. Эта юриспруденция со времен своего создания продолжает наслаждаться беззаботным созерцанием так, как это было во времена исторически далекой эпохи рождения науки. Кельзеновский проект вновь бросает вызов все новым поколениям правоведов и призывает науку о праве занять новое место. Какие бы формы ни принимала обращенная против Кельзена критика, она не должна восприниматься без учета теоретического уровня чистого учения о праве. Этот уровень был предвозвещен точным и насыщенным по содержанию учебным курсом — вышедшим в 1934 г. первым изданием «Чистого учения о праве».

2. Чистое учение о праве как исследовательская формация

Чистое учение о праве имело тройное проявление: 1) в форме двух изданий (1934 и 1960 гг.) соответствующего сочинения Кельзена, переведенного на многие языки; 2) как теория критического правового позитивизма, тесно связанная с именем Кельзена (см. ниже разд. 3 и 4); 3) как основанная Кельзеном формация правоведов, известная под именем «венской школы теории права»,

²⁴ Мозес Мендельсон (1729–1786) во введении к своей работе «*Morgenstunden oder Vorlesungen über das Daseyn Gottes*» («Утренние часы, или Лекции о существовании Бога») говорил о «всеразрушающем Канте, который, к счастью, с тем же рвением заново строил на том месте, на котором ранее разрушал» (*Mendelssohn M. Morgenstunden oder Vorlesungen über das Daseyn Gottes (1785) // Mendelssohn M. Gesammelte Schriften. Bd. II. Schriften zur Philosophie und Ästhetik. Stuttgart, 1974. S. 1*).

заставившая говорить и о себе, и о том особом виде правового позитивизма, который она развивала (см. п. 2.2 в этом разделе).

2.1. Чистое учение о праве как часть научного модерна

С общенаучной точки зрения чистое учение о праве как материально-содержательная исследовательская формация совершенно не является изолированным феноменом, хотя вскоре после своего появления оно побудило некоторых проводить границы между научными дисциплинами. Данное учение не существует само в себе. Скорее, оно возникло и несло на себе контекстуальный отпечаток того характерного «научного мировоззрения», которое было свойственно венскому модерну на рубеже XIX–XX вв. Чистое учение о праве — как и другие «венские кружки» в философии и логике, в математике, в естественных и социальных науках — ознаменовало вклад правоведения во всеобъемлющий проект научного модерна.

Нельзя остановиться на этом вопросе, не обратившись к положению тех приверженных рациональному идеалу науки либеральных и ассимилированных немецкоговорящих исследователей еврейского происхождения, которые подверглись преследованиям со стороны национал-социалистов и были вынуждены покинуть свою родину и эмигрировать в Соединенное Королевство или в Соединенные Штаты Америки. В этом отношении рядом с правоведом еврейского происхождения Гансом Кельзеном можно поставить близких ему по духу ученых еврейского происхождения, принадлежащих другим научным дисциплинам, в которых они произвели революционный переворот, подобный тому, который Кельзен совершил в правоведении. Как и Кельзену, этим мыслителям было суждено в своей судьбе столкнуться с эмиграцией. Здесь в качестве показательных примеров можно назвать эмигрировавшего в Англию психоаналитика Зигмунда (Сигизмунд Шломо) Фрейда (1856–1955), эмигрировавшего в США физика Альберта Эйнштейна (1879–1955), эмигрировавшего в США экономиста Людвиг фон Мизеса (1881–1973), а также эмигрировавшего в Англию, а потом в Новую Зеландию философа Карла Раймунда Поппера (1902–1994).

Внимание научного модерна было сосредоточено на критике идеологии и метафизики. Так, Кельзен без усталости подчеркивал «антиидеологическую тенденцию чистого учения о праве»²⁵ и пытался выполнить стоящую перед этим учением задачу борьбы против неявных идеологем и подспудных мифологем юриспруденции.²⁶ Его ярчайшее (в лучшем смысле этого слова) достижение — критика антропоморфизма и неприемлемой персонификации, гипостазирования и синкретизма.²⁷ Под подозрение в идеологической пристрастности

²⁵ Здесь и далее без цитирования приводятся фрагменты первого издания «Чистого учения о праве».

²⁶ Это было заявлено в работе Кельзена: *Kelsen H. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920. 1 Aufl.* — «Одинаково пустыми представляются метафоры, возводящие сами себя в ранг самодовлеющих сущностей. Но эти метафоры не являются реалиями — они не более чем вспомогательные средства юридического познания, хотя они теперь стоят на пути этого познания и мешают целостному восприятию того, что несет в себе знак действительности» (Ibid. P. IV).

²⁷ В качестве «сущностных моментов более или менее продуманного, более или менее последовательного метода», ориентированного на критику разума со стороны Канта,

подпадает значительная часть ключевых смыслообразующих дихотомий современной ему юриспруденции, таких как разграничение публичного и частного права, объективного и субъективного права, национального и международного права, государства и права, правотворчества и правоприменения.

Противопоставив юриспруденцию метафизике и идеологии, Кельзен хочет возвести ее «на высоты истинной науки, науки о духе» и приблизить к научному идеалу «объективности и точности». Для этого он излагает чистое учение о праве как «точный структурный анализ», как «освобожденный от любых этических моральных ценностных суждений, по возможности наиболее точный структурный анализ права». Его «последовательный правовой позитивизм», как его обозначает сам Кельзен, не будет никому служить средством, не будет игрушкой в чужих руках. Для обозначения кельзеновского проекта можно вполне использовать название одной из работ: «Демифологизация юридической мысли».²⁸ Кельзен прагматично формулирует требование чистого учения о праве в свете отбрасываемого им дуализма государства и права: «Если чистое учение о праве отказывается от легитимации государства через право, то совсем не потому, что это учение вообще объявляет невозможной легитимацию государства. Отрицается только то, что наука о праве в состоянии оправдать государство через право или, что то же самое, оправдать право через государство. Чистое учение о праве особенно отрицает то, что задачей науки о праве может быть оправдание чего-либо. Оправдание означает оценку, а оценка — в силу ее субъективного характера — это задача этики и политики, но не объективного познания. Только такому познанию должна служить наука о праве, если она хочет быть наукой, а не политикой». При этом Кельзен не только признаёт, но и настоятельно подчеркивает, что научные концепции неизбежно находятся во взаимосвязи с господствующим мировоззрением и в зависимости от него, и по этой причине концепции позитивного права свойствен «идеологический характер».

2.2. Венская школа теории права

Тот, кто анализирует чистое учение о праве, говоря о персоналиях, имеет в виду преимущественно, хотя не обязательно правоведа Ганса Кельзена. Бесспорно, он был основателем, интеллектуальным главой и наиболее значительным защитником чистого учения о праве. Однако уже названная венская школа теории права (венская теоретико-правовая школа, или, короче, школа Кельзена) в годы между двумя мировыми войнами переживала расцвет и состояла из множества членов, преимущественно учеников, аспирантов и ассистентов Кельзена, бывших рядом с ним в венские (1911/1919–1930), кельзенские (1930–1933) и женеvские (1933–1940) годы. Достаточно быстро вокруг молодого

Кельзен называет следующие «ключевые направления своего теоретико-правового творчества»: «Дуализм должного и сущего; замена метафизических постулатов и гипотез на трансцендентальные категории, являющиеся условиями опытного познания; превращение объявляемых качественными и сверхсистемными абсолютных противоречий в рамках одной и той же научной дисциплины в относительные, количественные и внутрисистемные различия; переход из субъективистской сферы психологизма в область объективно-логического действия» (*Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. S. VII*).

²⁸ *Ebenstein W. The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought // California Law Review. 1971. N 59. P. 617–652.*

приват-доцента сформировался круг «близких ему по духу» исследователей, посещавших его частные семинары. Особенно ценно, что при Кельзене не сформировался какой-то замкнутый круг знакомств или иерархически структурированное дискуссионное сообщество. Именно два старейших ученика Кельзена — Адольф Юлиус Меркль (1890–1970) и Альфред Фердросс (1890–1980) — внесли существенный вклад в строительство чистого учения о праве: учением о ступенчатом устройстве правового порядка и учением о расчете ошибочности (Меркль), учением о гипотетическом характере основной нормы и учением о единстве юридического мировоззрения (Фердросс). На формирование раннего учения Кельзена оказал влияние его коллега и друг из Брно Франтишек (Франц) Вейр (1879–1951), который был главой брновской теоретико-правовой школы, близкой по духу венской школе.

Наряду с Мерклем и Фердроссом мы приведем список (не претендуя на исчерпывающий характер такого списка) членов венской школы теории права и лиц, симпатизирующих ей: Леонидас Питамич (1885–1971), Франц Зандлер (1889–1939), Йозеф Лауренц Кунц (1890–1970), Феликс Кауфманн (1895–1949), Фриц Шейер (1897–1981), Юлиус Крафт (1898–1960), Эрик Фегелин (1898–1983), Альф Нильс Христиан Росс (1899–1979), Маргит Крафт-Фухс (1902–1994), Шарль Эйзенманн (1903–1980), Лео Гросс (1903–1990), Рудольф Адалар Металл (1903–1975), Луис Рекасенс Сичес (1903–1977), Ганс Клингхоффер (1905–1990), Луис Легас-и-Лакамбра (1906–1993) и Ганс Майер (1907–2001).

Оживленный и далеко не всегда бесконфликтный обмен мыслями в рамках этой «школы» задокументирован в многочисленных теоретико-правовых работах, которые публиковались в основном в трех печатных органах ее публичного научного дискурса, а именно: 1) в созданном по инициативе Кельзена в 1914 г. журнале, который впоследствии назывался «*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*», а также в издаваемом Кельзеном с 1919 по 1934 г. журнале «*Zeitschrift für öffentliches Recht*»; 2) в созданном при участии Кельзена и издававшемся с 1926 по 1938/1939 гг. журнале «*Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*» («*Revue internationale de la théorie du droit*»); 3) в издаваемом Кельзеном с 1922 по 1937 г. журнале «*Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien*».

Уже в рамках так называемого дела о юридическом разрешении на вступление в брак и последовавшей за ним реформы Конституционного Суда Австрии в 1929 г., а также в связи с другими обстоятельствами, приведшими к добровольному отъезду Кельзена из Вены в 1930 г., начался все более и более драматичный процесс рассеяния членов венской школы по всему миру. Тем самым был обозначен более или менее неизбежный и резкий конец знаменательного «круга единомышленников» и интенсивного обмена научными идеями между членами этого круга. Вследствие «захвата» или расширения власти национал-социалистов и в немалой степени по причине своего иудейского происхождения члены венской школы должны были эмигрировать из Германии, Австрии и других стран Европы. Речь идет о таких ученых, как Гросс, Кауфманн, Клингхоффер, Крафт, Крафт-Фухс, Майер, Металл, Рекасенс Сичес, Шрейер, Зилвинг и Фегелин, которые к тому времени уже уехали из Европы. Большая часть, как сам Кельзен, обрели новую родину в США, но лишь малая часть по-прежнему продолжала заниматься вопросами теории права. За некоторыми

исключениями, с 1940 г. только один Кельзен нес на себе груз развития и защиты чистого учения о праве. Поэтому 1940 год можно считать моментом отсоединения чистого учения о праве как позитивистско-правового учения от чистого учения о праве как венской школы теории права. Вместо когда-то локализованной в академических кругах Вены и Женевы исследовательской группы появился рассеянный по всему миру, по большому счету виртуальный «круг единомышленников».

После Второй мировой войны преимущественно из последователей Адольфа Юлиуса Меркля образовалась сегодняшняя венская школа, центр которой (и не только духовный), Институт Ганса Кельзена, был основан в связи с 90-летним юбилеем Кельзена в форме федерального учреждения Республики Австрия. Задачей этого Института стали сохранение и развитие кельзеновского учения. Здесь работают исследователи творчества Кельзена со всего света.

3. Тройственная цель чистого учения о праве

3.1. Самозаконность права

В качестве «теории правового позитивизма» чистое учение о праве искало и находило ориентир в том, что Кельзен называл «самозаконностью» права. Наука о праве должна знать, что право следует своим собственным, юридическим законам, и учить этому. Право возникает и исчезает согласно правовым меркам. Право замкнуто на себе и самореферентно. Право управляет само собою. Применительно к той «самозаконности» права, которая стала центральным моментом чистого учения о праве, речь идет о родовом отличии права от всех других явлений, равно как и о юридическом характере права. Вопрос состоит почти исключительно в том, чтобы представить (позитивное) право как самостоятельное, духовное (точнее, нормативное) единство. Здесь имеются в виду не исторические, политические, экономические, социальные, моральные или психические качества права — право здесь берется именно как право, иными словами, принимается во внимание специфически юридическое, «самозаконное» измерение права. Таким образом, правовая норма действует как специфическая, т. е. нормативная «схема истолкования» фактических событий, всех актов человеческого поведения. В этом и проявляется совпадение — в смысле слияния позитивности и нормативности в рамках принудительного порядка (см. п. 4.3).

Та «самозаконность» или автономия права, о которой говорит Кельзен, ни в коем случае не должна смешиваться с автаркией права. Автаркией в смысле некоего чистого права, чистоту которого не тревожат ни контекст, ни влияния и которое в своей асептической нормативности вращается вокруг самого себя. В принципе, кельзеновское чистое учение о праве не является учением о «чистом праве». Наоборот, позитивизм Кельзена имеет реалистический характер, поскольку он возводит определенные факты человеческого поведения к определенным условиям (разумеется, не делая эти условия основанием для фактов) действительности некоей правовой нормы и рассматривает нормы такими, какими они фактически создаются реальными людьми. Поэтому осмыслить некую правовую норму невозможно, не учитывая окружающих ее социокультурных и историко-экономических факторов. Без тех социальных

условий, из которых оно возникло и которые оно призвано регламентировать, право будет беспредметным в собственном смысле этого слова. Автономия права обозначает только то, что право само окончательно утверждает, каким образом в праве действуют иные, внеправовые влияния. Поэтому позитивное право есть сопряженная с социальными отношениями система, а эта сопряженность определяется исключительно самим позитивным правом. В этом смысле право может быть описано как система «саморегулирующегося регулирования» социальных отношений.

Поскольку право может обрести действительность, т. е. свое специфически правовое существование, только в рамках некоего правового порядка, то действительность некой правовой нормы может пониматься как сопряженность этой нормы с правовым порядком, как участие этой нормы в создаваемом через право единстве. Именно поэтому, согласно Кельзену, центральной задачей науки о праве (равно как и всех других наук) является «представление предмета этой науки в качестве единства». Основная задача чистого учения о праве как аналитической структурной теории позитивного права — продемонстрировать действие и образование, функционирование и обретение права, иными словами, единство права в связи с процессами созидания и разрушения права.

3.2. Самозаконность науки о праве

Если приглядеться поближе, то мысль о самозаконности (которую можно также обозначить и как самостоятельную рациональность, и как самостоятельную логику, и как самостоятельную функциональность, и собственно как самостоятельность, т. е. автономию, как самоопределение, как аутопойезис, как замкнутость на себе, как самореферентность) играет центральную роль не только для права как предмета науки о праве, но и для самой этой науки. Даже если Кельзен говорит о «самозаконности» только применительно к праву, не затрагивая при этом науку о праве, все же кажется, что можно продолжить данную линию рассуждений и, говоря о «самозаконности», прийти ко второй претензии на автономию — на этот раз со стороны чистого учения о праве. По отношению к ней претензия на автономию со стороны права будет выглядеть как ее разновидность. Разумеется, претензии со стороны права на самостоятельность, автономию и самостоятельную рациональность не совпадают в содержательном плане с аналогичными претензиями со стороны науки о праве. По отношению к ним претензии со стороны права представляют собой просто обратную сторону постулата чистоты.

Кельзен оценивает уровень научности юриспруденции прежде всего по двум параметрам: по тому, насколько она «осознает свою особенность, т. е. своеобразие своего предмета», и по тому, действует ли она соответствующим образом. Тем самым наука о праве, хоть и сопряженная со своим предметом — позитивным правом, все же остается отличной от него. В качестве легитимной задачи таким образом понимаемой юриспруденции ставится по возможности «точное» и «объективное», свободное от ценностей описание контингентного права (т. е. права, различающегося в зависимости от времени, места и иных квалифицирующих факторов), описание права таким, каково оно есть, но не предписывание права таким, каким оно должно быть.

С этих позиций Кельзен отрицает не только оправдание права как явления. С точки зрения перспективы, метода, контекста, предмета и языка он также отказывается относить к вводимому им понятию науки о праве (в узком смысле) иные, отдаляющиеся от этого образа научные дисциплины, например социологию права и юридическую этику, историю права и философию права. Для него основополагающим, гарантирующим научность значением обладает не только то, чтобы за всевозможными сферами научного дискурса признавалось своеобразие (за счет их самостоятельной рациональности и функциональности, короче, за счет их «самозаконности»), но и то, чтобы, следуя особым гносеологическим установкам, эти научные дискурсы велись по-разному, т. е. раздельно. Понимаемая таким образом наука о праве обладает (в основном за счет специфики своего предмета и метода) гносеологической и дискурсивной самостоятельностью строго в рамках своего сектора знания. С одной стороны, науке о праве запрещается претендовать на роль юридического универсума и пользоваться экстралегальными доказательствами своей легитимности, а с другой — наука о праве тем самым защищается от вторжений иных научных дисциплин. С точки зрения философии науки кельзеновская концепция напоминает раннюю форму лумановской теории систем.

Решение описывать право по возможности наиболее точно и объективно развенчивает все попытки выдать временные политические аргументы в качестве логических; тем самым это решение обнаруживает действие политических факторов в праве. На примере догмы суверенитета, против которой он боролся, Кельзен демонстрирует действие (идеолого-критическое и в то же время политическое, поскольку политика здесь облекается в право) чистого учения о праве: «В конечном счете, чистое учение о праве разоблачает попытку придать видимость неопровержимого логического доказательства тому исключительно политическому аргументу, против которого можно возражать такими же политическими аргументами. По меньшей мере, за счет этого наше учение высвобождает политико-правовое развитие от связывающих его ложных представлений, не оправдывая и не постулируя тот или иной вариант развития. В качестве теории чистое учение о праве всегда остается безразличным к правовой политике».

В философско-научном аспекте последовательное различение самозаконности права и самозаконности науки о праве ведет к завершению процесса дифференциации как между объектами научных дисциплин (например, политики, религии, искусства, экономики и права), так и между их предметами (соответственно, политологии, теологии, эстетики, экономической теории и науки о праве).

4. Отличительный знак чистого учения о праве

Чистое учение о праве позиционирует себя как «последовательный правовой позитивизм». Такое позиционирование происходит за счет того выбора на уровне юридического мировоззрения, который это учение делает в пользу нормативистского позитивизма (см. п. 4.1), а также за счет выдвижения на гносеологическом уровне постулата методологической чистоты (см. п. 4.2) и, в итоге, за счет предпочтения динамического взгляда на право в плане объяснения

процессов образования права (см. п. 4.3). Если сложить эти три краеугольных камня вместе, то мы получим четко выраженную версию релятивистской теории (см. п. 4.4).

4.1. Нормативистский позитивизм

Если поднять вечные вопросы правоведения и задаться многозначительным вопросом об основании права, его существовании и сущности, о его положении в мире и о его своеобразии, то обычно ответы облакаются в форму теоретической альтернативы, в форму дуалистического модуса легитимации. Два типа юридического мировоззрения неизменно противостоят друг другу и борются друг против друга — учение о естественном праве и правовой позитивизм. Если взять фигуру Ганса Кельзена в мировом масштабе, то он выступает как один из наиболее ярких представителей правового позитивизма. Не в последнюю очередь можно отметить, что он сам обозначает чистое учение о праве как «теорию правового позитивизма». Поэтому нет никакого сомнения в том, что кельзеновское учение можно представлять как разновидность правового позитивизма.

Вместе с тем характеристика чистого учения о праве как позитивистского в высшей степени недостаточна. Это наиболее ясно проявляется в том неправильном истолковании и понимании, которое встретило чистое учение о праве в качестве «теории правового позитивизма». Можно назвать хотя бы три самых показательных примера ложного истолкования. Так, учение Кельзена как разновидность правового позитивизма понималось в качестве легалистской теории власти, которая ставит власть над моралью. Это учение также понималось как логистическая и прячущаяся от реальности разновидность формализма, который редуцирует право к его форме и за счет этого работает исключительно с содержательно пустыми стереотипами. Чистое учение воспринималось и как *last but not least* (англ. последнее, но не по значимости), последовательно продуманная конструктивная юриспруденция понятий, которая понимает процессы правообразования как методы почти полностью индуктивного конструктивизма, как логико-дедуктивную операцию и по этой причине отрывает право как часть царства чистых идей и идеалов от права как факта, как конкретной социополитической «реальности».

Даже принимая во внимание необходимость иногда представлять учения через схематичное и плакатное изображение путем проведения простых параллелей, следует признать, что в обоих обозначенных выше направлениях — как в естественно-правовом, так и в позитивистском — имеются весьма различные теории, которые столь не похожи друг на друга, что та или иная теория в одном аспекте предстает как позитивистская, а в другом — как естественно-правовая. Причина в том, что до настоящего времени естественно-правовое учение и правовой позитивизм сосуществовали не как строго бинарная и поэтому противоречивая пара понятий, которая допускает только альтернативу выбора между А и не-А. Скорее, эти два учения о праве можно представить как два стоящих рядом друг с другом блока вопросов о сущности права, один из которых ищет ответ через отношение между правом и моралью, а другой — через отношение между сущим и должным.

Тот, кто хочет понять мировоззрение Кельзена, должен задаться вопросом об особых отличительных признаках кельзеновского правового позитивизма.

Если вообразить, что с одной стороны стоит естественно-правовое учение, которое, в конечном счете, связывает действительность и поэтому существование права с моральными требованиями (морально-религиозными ценностями или божественным порядком, разумом или природой), а с другой стороны ему противостоит позитивистское учение о праве, которое признает в качестве права то, что эмпирически осязаемо и верифицируемо, то чистое учение о праве может быть причислено как к одному, так и к другому направлению. При таком широком прочтении альтернативы между юснатурализмом и позитивизмом чистое учение о праве не попадает ни в один, ни в другой лагерь и располагается где-то посередине между этими двумя полюсами. Кельзен нападает на обе эти позиции, взятые в их односторонности, с тем чтобы, в конечном счете, образовать из двух данных подходов качественно новую позицию — «последовательный позитивизм», или нормативистский позитивизм. Данная позиция варьирует основные элементы двух традиционных подходов — положения юснатуралистского и юспозитивистского учений о праве — и составляет из них новое своеобразное единство. Чистое учение о праве стремится к тому, чтобы быть нормативизмом, но без ухода (как в естественно-правовом подходе) в область правового морализма; в то же время это учение хочет остаться позитивизмом, но без ухода (как это происходит в социологическом или психологическом, эмпиристском или фактологическом позитивизме) в область правового натурализма. Короче, родовое отличие чистого учения о праве составляет то, что оно является соединением нормативизма без (правового) морализма и позитивизма без (правового) натурализма.

Те полярные категории должного и сущего, которые для Кельзена имеют основополагающее значение, которые не выводимы друг из друга и друг к другу не сводимы, могут занимать разные места в ракурсе противопоставления нормативизма и позитивизма. Если норма и факт противостоят друг другу, то форма фактов сущего должна быть подчинена лингвистическому содержанию, т. е. особой форме существования нормы должного. Оставаясь под оболочкой разделения между (позитивным) правом и моралью, право все же нуждается в референте из области сущего, а именно в фактически предписанных образцах человеческого поведения, порождающего нормы. В этом смысле реальное сущее может быть описано как *forum externum* (лат. внешний форум, формальный процесс) права, а мораль — как чистое или идеальное долженствование, как *forum internum* (лат. внутренний форум, суд совести) права.

Из совпадения нормативизма и позитивизма в рамках чистого учения о праве становится понятным, почему Кельзен — убежденный приверженец позитивизма — является открытым врагом легализма. В рамках последнего нужно ответить на вопросы о действительности права («Почему предписание долженствования действует как правовая норма?») и о соблюдении права («Каким приказам я должен подчиниться как правовым нормам?»). Как теория права (в терминологии Кельзена — наука о праве), чистое учение о праве не имеет компетенции для ответа на вопрос касательно причины соблюдения права — оно объявляет себя неспособным отвечать на этот вопрос и отсылает к индивидуальной (правовой) морали.

4.2. Постулат методологической чистоты

Если попасть под влияние ярлыков, которые одновременно и агрессивны, и схематичны, то появится соблазн заявить: «Ведь всем известно, что показательным признаком чистого учения о праве является требование чистоты!». Кельзен неустанно повторял, возражая против настойчиво выдвигаемых ложных истолкований его учения, что применительно к чистоте речь, разумеется, не идет о предмете науки о праве — о позитивном праве. Последнее должно быть описано в своем контингентном юспозитивистском аспекте как образ, создаваемый конкретными людьми в конкретных социальных и политических, экономических и культурных контекстах. Требование чистоты предъявляется к науке о праве как таковой. Именно наука о праве — а не само право! — должна быть свободна как от вещественности, т. е. от политических влияний, так и от чужеродных дисциплин, т. е. влияний социологических или этических.

Основная задача Кельзена состоит в том, чтобы сформулировать антиметафизическую, идеолого-критическую и скептически-рациональную юриспруденцию, которая удовлетворяла бы современным требованиям, предъявляемым к научному знанию. Кельзен прилагает усилия к тому, чтобы юриспруденция ответила на (прямой) вопрос: какие условия необходимы для возможной концептуализации и операционализации науки о праве как ориентированной на (правовые) нормы и в этом смысле нормативно-научной дисциплины? Для Кельзена научность проявляется в том, что «познание остается в проведенных им самим границах предмета и метода», и гарантируется этим.²⁹ Поэтому научность не означает того, что речь идет (как это можно было бы предположить, судя по разграничительной функции «предмета и метода») о некоей одной, всеохватывающей (универсальной) научной дисциплине. Научность — это преимущественно абстрактное (и поэтому способное быть заполненным конкретным материалом) свойство научной дисциплины, к которой применим (если говорить о введенных Кельзеном парных правовых понятиях) топос «самозаконности».

Однако что же обуславливает это своеобразие, эту особенность науки о праве? Ответ может быть найден в том исходном пункте, из которого Кельзен развивал основные положения своей гносеологии. Данный исходный пункт Кельзен заимствовал у неокантианства, особенно у марбургской школы: «конституировать» предмет некоей научной дисциплины через ее методы означает не что иное, как строгую зависимость того, что признается в качестве предмета, от того, с помощью чего это нечто признается в качестве предмета. «Единство предмета как гносеологический постулат» гарантируется через тождество (можно также сказать — через неискаженную чистоту) методических приемов. Герман Коген (1842–1918), глава марбургской школы неокантианства, говорил о «методе чистоты»,³⁰ и Кельзен со своим постулатом «чистоты метода» присоединяется к этой программе.³¹ Чистота означает не что

²⁹ *Kelsen H.* Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. S. VII.

³⁰ *Cohen H.* Ethik der reinen Willens // *Cohen H.* System der Philosophie. Berlin, 1904. 2 Teil. S. 89–92, 135–136, 147.

³¹ О своем «творчестве, ориентированном на мысль о методологической чистоте» Кельзен говорит, например, здесь: *Kelsen H.* Allgemeine Staatslehre. S. VII.

иное, как методологическую последовательность, принимающую во внимание «самозаконность» предмета; поэтому чистота может выступать в качестве синонима научности. Обозначая чистое учение о праве как «последовательный правовой позитивизм», Кельзен наглядно демонстрирует связь чистоты и последовательности. Тем самым чистое учение о праве выдвигает претензию на то, чтобы быть научно проработанным и последовательным научным учением о праве. Согласно установленному этим учением масштабу оно лишь настолько обосновано, насколько ему удается удовлетворить требованиям (собственных) законов науки (о праве).

С этой точки зрения становится понятным, почему Кельзен считал антинаучным тот всепригодный методический синкретизм (в современной терминологии говорят о «методологическом плюрализме» или «интегративном методе»), который подразумевает одновременное использование и смешение различных методов.³² Обвинения в методологическом синкретизме, например, заслуживает тот, кто связывает нормативно-научное познание, центральной категорией которого является вменение, с причинно-следственным познанием, центральной категорией которого является каузальность. Равным образом в таком синкретизме повинен тот, кто вовлекает в контекст правовой догмы экономико-политические, социолого-эмпирические, естественнонаучные аргументы, либо тот, кто изгоняет из позитивного права теоретико-правовые предложения. Во всех этих случаях не только не учитывается «самозаконность» соответствующей дисциплины, но и нарушаются сами научные законы. Зачастую исследователь бессознательно и непреднамеренно перескакивает от одной вещи к другой и пытается совместить несовместимое. Поскольку в описанном выше смысле предмет научной дисциплины «конституируется» через используемый метод, то одновременное использование различных методов для одинакового обращения с различными предметами, в конечном счете, означает смешение разнородных вещей и вопросов.

Таким образом, часто неправильно истолковывавшийся постулат чистоты никак не повинен в эстетизирующем, стерильном, интеллектуалистском, недалеком стремлении объяснять явления через их следствия. Скорее, в кельзеновском проекте проявляется верность тщательному поиску сути вещей — как сущности права, так и сущности науки о праве.

4.3. Динамическая концепция права

Итак, упрек в адрес чистого учения о праве в том, что оно редуцирует право к его бессодержательной, «чистой» форме, оказывается необоснованным. Кельзен весьма удачно решает исследовать самозаконность (функционирования) права не столько в его статике, в его содержании, сколько в его динамике, а именно в его формах и структурах — в формах правотворчества и в структурах правоприменения. «Мы характеризуем право не столько как цель, сколько как особое средство», а точнее, «как социальную технику порядка принуждения». Если Кельзен рассуждает о цельности и непротиворечивости правового

³² О «достойном осуждения методологическом синкретизме... о недопустимом слиянии нормативной и экспликативной перспектив» см.: *Kelsen H. Über Grenzen zwischen juristischen und soziologischer Methode. Tübingen, 1911. S. 18.*

порядка, он имеет в виду не материальное, а формально-процедурное единство и непротиворечивость права.

Чистое учение о праве утверждает свою позицию, преодолевая узость традиционного понимания права и источников права в пользу нового понимания процессов создания права и его актуализации, позволяя тем самым по-новому взглянуть на право. Чистое учение о праве отвергает доминирующее статико-материальное и пропагандирует динамико-процедурное понимание права. Если первый вариант понимания права сводит правотворчество к созданию права через (формальное и материальное) законодательство и обнаруживает тенденцию к отождествлению права и закона, к дедуктивизму в рамках правоприменения, то второй исходит из двух центральных, революционных в смысле правопонимания установок.

Согласно первой установке учение об источниках права преодолевает характерную для классического учения содержательную альтернативу между правотворчеством и правоприменением, поскольку правовыми нормами являются не только конституция (конституционный закон), (парламентский) закон, постановления или уставы. Наряду с общими и абстрактными нормами в учение об источниках права вводятся также конкретно-индивидуальные правовые нормы, такие как управленческие акты, судебные решения, административные или гражданские договоры. Эти источники являются полноценными составными частями процессов конкретизации и индивидуализации права.

Вторая установка привносит в учение о нахождении права осознание того, что установление действительности нормы не должно пониматься как преимущественно дедуктивно-материальное отношение по содержанию согласованию нижестоящих правовых норм с вышестоящими. Норма действует не только по причине того, что ее содержание находится в соответствии с содержанием вышестоящей нормы; за нормой отрицается юридическая действительность не только по причине противоречия ее содержания содержанию вышестоящей нормы. Действительность должна пониматься прежде всего как структурно-формальное отношение. Это отношение можно описать как взаимосвязь процессов создания (прекращения) права в рамках ступенчатой структуры правового порядка. Иными словами, норма действует тогда и только тогда, когда она интегрирована в предписанные позитивным правом процессы создания (прекращения) права; в другой терминологии это означает, что она принадлежит правовому порядку. Здесь нужно подчеркнуть, что данные воззрения не могут быть выведены только из концепции ступеней права, с помощью которой обосновывается иерархия норм. Речь тут, скорее, идет о взаимосвязи и взаимодействии теории ступеней права с теорией расчета ошибок, названной так ее основателем Адольфом Юлиусом Мерклем, — именно эти две теории ведут к адекватному пониманию сложной динамики позитивного права.³³

³³ По поводу понятия и содержания «расчета ошибок» см.: *Merkl A. J. Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien; Berlin, 1927. S. 197 usw. — Само определение расчета ошибок можно найти на с. 196 этого издания. Под расчетом ошибок Меркль понимает реакцию позитивного права на ошибки правотворчества, т. е. на противоправные юридические акты. На примере § 44 Административно-процессуального кодекса учение о расчете ошибок наиболее четко демонстрирует, что ошибки при издании административного акта (а также при решении вопроса о противоправности) не всегда и не обязательно свидетельствуют

В свете динамического понимания права получают обоснование некоторые традиционные и любимые юристами приемы правовой догмы. Назовем только два наиболее показательных примера: представление о том, что в праве или в законе существуют пробелы, а также представление о том, что свобода усмотрения (в смысле правомочия на правотворчество без полноценного внешнего вмешательства) — не правило без исключений, а, наоборот, редкое, требующее специального обоснования исключение.

Динамико-процедурная перспектива раскрывается как принудительное следствие понимания и принятия «самозаконности» позитивного права как автономного (но не автаркичного!) самореферентного феномена, который регулирует процессы своего создания и прекращения. Однако такого понимания трудно добиться без достижения сформулированной Кельзеном цели — по возможности наиболее объективного и четкого описания права, иначе говоря, описания права таким, каково оно есть.

4.4. Юридическая теория относительности

Если попытаться «распознать чистое учение о праве по его плодам», то в первую очередь бросается в глаза «всеразрушающее», идеолого-критическое, антиэссенциалистское, аналитически-дедуктивное действие этого учения на концепции и схемы традиционной правовой догматики. В ярком свете «чистого» структурного анализа позитивного права классическая догматика оказывается развенчанной как идеологическая химера, лишь кажущаяся существенной для права и для ориентации юристов.

То, что раньше понималось и воспринималось как неизменные, заданные позитивному праву или, по меньшей мере, как внутренне ему присущие и в этом смысле априорные и абсолютные базовые правовые понятия, в свете чистого учения о праве может истолковываться и применяться просто как содержательные правовые понятия, как зависимые от правового порядка относительные понятия; иными словами, как такие понятия, конкретное содержание которых зависит от данной конфигурации переменчивого позитивного права. Здесь развенчиваются такие ключевые концепты и схемы, как действительность права, правосубъектность и правоспособность, государственный суверенитет и не в последнюю очередь многочисленные противопоставления, играющие структурирующую роль в правовых научных дисциплинах. Речь идет о дуализме частного и публичного права, объективного и субъективного права, внутригосударственного и международного права и, наконец, дуализме правотворчества и правоприменения. На место «жестких» и непоколебимых субстанций приходят «мягкие» и переменчивые отношения. По поводу такого рода «сжимающихся» явлений корректные (в смысле их научной «действительности») высказывания могут выдвигаться только в рамках отдельно взятого правового порядка. По сути, эти высказывания исходят не

о неудаче правотворчества или ведут к ничтожности изданного акта. Скорее, можно сказать, что позитивное право предлагает чрезвычайно дифференцированный и структурированный арсенал правовых средств, наряду с законодательной констатацией ничтожности. Речь идет, например, об оспоримости, отменности, необнародовании, лишении действия, исправлении, неприменении и о новом истолковании.

из позитивного права; свой специфический образ, содержание и функции они обретают только косвенно, из позитивно-правовых отношений. Поэтому данные высказывания имманентны правовому порядку и имеют лишь относительный характер. Юридический натурализм не может служить целям идеолого-критической науки о праве, поскольку к задачам ее представителей не относится «закливание духов».

В своем контринтуитивном действии, т. е. при релятивизации правовых структур, интуитивно воспринимаемых в качестве абсолютных (например, понятие юридического лица или уже упомянутый дуализм частного и публичного права, объективного и субъективного права), чистое учение о праве напоминает (и при этом не случайно) столь же контринтуитивную теорию относительности Эйнштейна. Этот ученый привел предшествующему поколению доказательство того, что время и пространство, воспринимаемые в качестве твердых и неизменных величин, на самом деле зависят от той системы координат, к которой они привязаны, и поэтому являются относительными величинами. Защищаемому Кельзенем аксиологическому релятивизму (согласно которому ценности в своем бытии не могут быть доказаны с позиций рационализма и интерсубъективизма) сопутствует теоретико-правовой релятивизм.

4.5. Введение в учение об основной норме

Описанный выше релятивизм оставляет очевидные и характерные следы в учении об основной норме. В то же время релятивизм служит для этого учения величайшим испытанием.

Кельзен вводит основную норму, поскольку согласно положениям его нормативистского позитивизма норма позитивного права может обрести основание своей действительности только через другую норму позитивного права, через такую норму, которая (как, например, исторически первая конституция) не может быть возведена к иной, более высокой норме права. Действительность (т. е. специфически нормативное бытие) этой высшей правовой нормы, которая обеспечивает и гарантирует единство правового порядка, не может быть обоснована при помощи средств позитивного права, — иными словами, не может получить обоснования, имманентного правовому порядку. Поскольку прямо или косвенно действительность всех остальных норм данного правового порядка выводится из высшей, последней нормы, то без доказательств действительности основной нормы повисает в воздухе действительность всех остальных норм данного правового порядка. Эта дилемма кажется совершенно неразрешимой, поскольку обращение к трансцендентальному обоснованию действительности (будь то ссылка на мораль или на разум, на реальность или на опыт) исключается как научно недопустимое.

С тем чтобы «закрыть» подобные устрашающие пробелы в обосновании (точнее, чтобы ввиду неустранимого недостатка в методах обоснования позитивного права вообще не поставить под вопрос возможность работы с позитивным правом), Кельзен вводит основную норму. По своему содержанию эта норма есть не что иное, как высшая из действующих норм позитивного права. Ее функция является исключительно гносеологической — эта высшая позитивно-правовая норма не «аттестуется» с помощью средств позитивного права. В качестве простого «вспомогательного средства научного

мышления»³⁴ основная норма не есть норма позитивного права, следовательно, она не может наделить правовой порядок «истинной», понимаемой в реальных категориях действительностью. Она в состоянии придать правовому порядку только гипотетическую (или даже фиктивную) действительность, которая зависит от непринудительного, свободного выбора основной нормы. Иными словами, такая норма формулирует всего лишь необходимое условие для того, чтобы правовой порядок мог быть понят, описан и использован и как единое целое, и как множество включенных в данный порядок правовых норм, рассматриваемых в качестве явлений позитивного права.

5. «Чистое учение о праве» 1934 г. в творчестве Ганса Кельзена

Вышедшее в 1934 г. «Чистое учение о праве», несомненно, стало ключевой, классической работой как для мирового теоретико-правового дискурса XX в., так и для творчества самого Кельзена. Несмотря на это, данная книга не может претендовать на исключительный статус среди работ Кельзена. Она не является плодом спонтанного творчества, появившимся на свет в качестве *creatio ex nihilo* (лат. творения из ничего), и не содержит окончательной версии чистого учения о праве, не выражает это учение в завершенной форме. Более того, рассматриваемое произведение основывается на большом массиве подготовительной работы, подводит итог этой работе (см. п. 5.1 и 5.2) и предстает в качестве одного из промежуточных звеньев (разумеется, весьма значительного) в цепи постоянно развивавшихся монографических набросков системы концепции чистого учения о праве (см. п. 5.3).

5.1. Основоположение и подготовительная работа

В известном смысле вышедшее в 1934 г. «Чистое учение о праве» может рассматриваться в качестве переформулированного свода кельзеновской теории «последовательного правового позитивизма». Первые размышления Кельзена по поводу обоснования защищавшихся им впоследствии воззрений о сущности и функции, действительности и механизме действия права (и науки о праве), которые предлагали радикально иной взгляд на право, можно найти более чем за два десятилетия до выхода «Чистого учения о праве». В 1911 г. в своей габилитационной работе «Основные проблемы учения о государственном праве с точки зрения учения о правовом предложении» Кельзен заложил краеугольный камень в основание той конструкции, которая несколькими годами спустя будет названа им «чистым учением о праве». Содержащиеся в этой работе идеи, которые уже формулировали программу последовательного правового позитивизма (хотя и в ракурсе статичного понимания права), Кельзен в последующие годы перерабатывал в различных направлениях, дополнял их, защищал их против многочисленных возражений.

Наряду с целым рядом небольших работ можно в особенности назвать четыре монографических произведения, в которых Кельзен занимался достройкой

³⁴ Walter R. Die Grundnorm im System der Reinen Rechtslehre // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag / hrsg. A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, D. Wyduckel. Berlin, 1993. S. 86.

и перестройкой чистого учения о праве, а именно: 1) появившуюся в 1920 г. с подзаголовком «Вклад в чистое учение о праве» монографию «Проблема суверенитета и теория международного права»; 2) вышедшую двумя годами позже книгу «Социологическое и юридическое понятия государства»; 3) работу «Общее учение о государстве», которая уже совсем близко подводила к системному представлению теоретико-правового учения Кельзена;³⁵ 4) изданную в 1928 г. короткую монографию «Философские основания естественно-правового учения и правового позитивизма». Как было отмечено выше, при этом Кельзен черпал вдохновение в теоретико-правовых работах лучших из его ранних учеников (а впоследствии коллег) Адольфа Юлиуса Меркля и Альфреда Фердросса.

Литературные дебаты с более или менее значимыми критиками — здесь следует особо назвать спор с Ойгеном Эрлихом (1915–1917),³⁶ Фрицем Зандером (1921–1923),³⁷ Александром Хольд-Фернеком (1926–1927),³⁸ Германом Геллером (1927),³⁹ Эрнстом Швиндом (1928),⁴⁰ Рудольфом Змендом (1930)⁴¹ и Карлом Шмиттом (1931)⁴² — также давали Кельзену весомые аргументы для более энергичного продолжения и распространения своей позиции, для ее углубленного и уточненного обоснования.

³⁵ Сам Кельзен находил в «Общем учении о государстве» первое полное представление своей теории (*Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. S. IX*).

³⁶ Написанные в ходе этой дискуссии работы обоих ее участников перепечатаны в: *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzung mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber / hrsg. S. L. Paulson. Aalen, 1992.*

³⁷ Написанные в ходе этой дискуссии работы обоих ее участников собраны и перепечатаны в: *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen / hrsg. S. L. Paulson. Aalen, 1988. S. 115–278 (Зандер), 279–411 (Кельзен).*

³⁸ С одной стороны: *Hold-Ferneck A.* 1) *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens;* 2) *Ein Kampf ums Recht. Entgegungen auf Kelsens Schrift «Der Staat als Übermensch».* Jena, 1927. — С другой стороны: *Kelsen H. Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung.* Wien, 1926.

³⁹ Наивысшую точку в споре между Геллером и Кельзеном обозначила мюнхенская конференция 1927 г. по вопросам учения о государственном праве: *Heller H. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. N 4. S. 98–135; Kelsen H. Diskussionsbeitrag // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. N 4. S. 168; Heller H. Schlusswort // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. N 4. S. 201.*

⁴⁰ С одной стороны: *Schwind E. Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen un Erörterungen.* München, 1928. — С другой стороны: *Kelsen H. Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung.* Wien, 1928. — См. недавно написанную об этом споре статью со многочисленными контекстуальными материалами: *Olechowski T. Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte? Ein Juristenstreit aus der Zwischenkriegszeit an der Wiener Juristenfakultät // Festschrift für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag / hrsg. G. Kohl, C. Neschwara, T. Simon. Wien, 2008. S. 425–442.*

⁴¹ С одной стороны: *Smend R. Verfassung und Verfassungsrecht.* — С другой стороны: *Kelsen H. Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung.* Wien, 1930.

⁴² Ср., с одной стороны: *Schmitt C. Der Hüter der Verfassung.* Tübingen, 1931. — С другой стороны: *Kelsen H. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? // Die Justiz. 1930/1931. N 6. S. 576–628 (переиздано в: Die Wiener Rechtstheoretische Schule / hrsg. H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Wien, 1968. Bd. 2. S. 1873–1922).*

5.2. Фазы публикации «Чистого учения о праве» в 1933–1934 гг.

К началу 1930-х гг. Кельзен с учетом упомянутых выше работ мог ссылаться на уже разработанную теорию права, опробованную на многочисленных частных вопросах. Основной задачей «Чистого учения о праве» было связать эту теорию в компактное и последовательное целое.

Если рассматривать творчество Кельзена с точки зрения генеалогии, то оно состоит не из одного, а из трех этапов, где вышедшее в 1934 г. «Чистое учение о праве» представляло третий и последний этап в усилиях Кельзена дать своему учению целостное выражение. При этом последующие ступени развития его учения были не модифицированными переработками ранних ступеней, а лишь дополнениями к ним. Так, в тексте «Чистого учения о праве» текстуально легко прослеживаются три уровня: первый уровень — гл. I–III, второй и третий уровни — гл. IV–VIII. Вышедшее под названием «Чистое учение о праве. Введение в теоретико-правовую проблематику» первое издание дополняло третий уровень только главой IX (о соотношении государства/национального права и международного права), наряду с оглавлением, библиографией и предметным указателем. Текстуально первый уровень составляет примерно четверть от всего объема третьего уровня; он уже был опубликован в первом полугодии 1933 г. под названием «Методы и основные понятия чистого учения о праве» сначала на немецком, потом в нидерландском философском журнале, а во втором полугодии 1933 г. — и на французском языке. Текст второго уровня в количественном отношении составляет около 82 % от общего объема текста третьего уровня; начиная со второго полугодия 1933 г. тексты этого уровня публиковались в Италии, Швеции, Испании и Чехословакии, в Польше (1934); в Соединенном Королевстве (1934/1935) эти тексты были опубликованы под названием «Чистое учение о праве. Его методы и основные понятия».

Эти три уровня публикаций вполне объяснимы той трудной жизненной ситуацией, в которой Кельзен оказался в 1933–1934 гг. 13 апреля 1933 г. на основании изданного неделю назад нацистского Закона «О восстановлении профессионального чиновничества» Кельзен был без какого-либо промедления уволен со своей должности ординарного профессора в Кельнском университете. С 1 января 1934 г. он, в конечном счете, был отправлен на пенсию. Дальнейшее пребывание в Германии становилось невозможным по причине отсутствия у Кельзена средств к существованию. Но не было и речи о возвращении в его родной Венский университет, поэтому Кельзену пришлось позаботиться о своем профессиональном будущем в университете страны, не являющейся немецкоязычной. В этом отношении для Кельзена особенно важно было, чтобы его рассуждения о «Методах и основных понятиях чистого учения о праве» были удачно опубликованы за пределами Германии и чтобы эти публикации были доступны научной общественности не только на немецком языке.

По-отдельности трем уровням публикаций можно дать следующие библиографические привязки:

Первый уровень:

На немецком: *Methode und Grundbegriffe der Reinen Rechtslehre // Annalen der kritische Philosophie. 1933. N 3. S. 69–90.*

На французском: *La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit // Revue de Métaphysique et de Morale. 1934. N 41. P. 183–204.*

Второй уровень (с середины 1933 г.):

На испанском: *El Metodo y los Conceptos Fundamentales de la Teoria Pura del Derecho* (с предисловием Кельзена; перевод — Луис Легас-и-Лакамбра; Мадрид, 1933).

На итальянском: *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali* // *Archivio Guiridico Filippo Serafini*. 1933. N 110. P. 121–171 (перевод — Ренато Тревс).

На шведском: *Den rena rättsläran, dess metod och grundbegrepp* // *Statsvetenskaplig Tidskrift för Politik, Statistik, Ekonomi*. 1933. N 36. P. 193–244.

На чешском: *Ruzi nauka pravni. Metoda a zakladni pojmy* (перевод — Вацлав Шытил; Брно; Прага, 1933).

На польском: *Czysta teoria prawa. Metoda i pojecia zasadnicze* (перевод — Тадеуш Пржорский; Варшава, 1934).

На английском: *The Pure Theory of Law. Its Method and Fundamental Concepts* // *The Law Quarterly Review*. 1934. N 50. P. 474–498; N 51. P. 517–535 (перевод — Чарльз Уилсон).

Третий уровень (с конца 1934 г.):

Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig; Wien, 1934.

Более или менее полный перевод первого издания «Чистого учения о праве» был осуществлен на десять языков: японский (1935), болгарский (1937), португальский (1939), испанский (1941), китайский (1946), корейский (1949), итальянский (1952), венгерский (1988), английский (1992) и сербохорватский (1998).

5.3. Последующие работы и изменения

Кельзен стремился к тому, чтобы обеспечить современной науке о праве динамико-реляционистское видение права (см. выше п. 4.3, 4.4). Он также стремился (вполне в духе скептического отношения к установлению окончательной истины в научном познании) не рассматривать свое учение как привязанное к какому-то конечному пункту или как не способное к развитию, приспособлению или улучшению. Как раз наоборот, Кельзен был прототипом педанта-теоретика, беспрестанно озабоченного тем, чтобы его основанная на нормативистском позитивизме юридическая теория относительности (см. выше п. 4.1, 4.4) постоянно совершенствовалась в свете новых аргументов и мотивов, чтобы она становилась все сильнее и последовательнее в рамках новых дискуссий и изменяющихся перспектив.

Доказательством тому служат последующие варианты формулирования чистого учения, отличающиеся от первого издания «Чистого учения о праве» по объему, терминологии и многочисленным содержательным деталям. В качестве таких вариантов можно назвать «*General Theory of Law and State*», вышедшую в 1945 г. на английском языке и адаптированную для американской научной общественности, а также перевод на французский язык первого издания с некоторыми авторскими дополнениями, вышедший в 1953 г. под названием «*Théorie Pure du Droit*». Нужно также упомянуть и второе издание «Чистого учения о праве», вышедшее в 1960 г., а также появившееся в 1979 г. в печати уже после смерти Кельзена, извлеченное из его архивных материалов сочинение «Общая теория норм». Опубликовано под исходным названием второе

издание «Чистого учения о праве» (1960 г.) сильно отличается от первого издания, причем не только по объему (почти в четыре раза больше), поэтому с полным правом можно сказать, что применительно к первому и второму изданиям речь идет о разных книгах.⁴³ В некоторой степени допустимо утверждать, что не существует одного чистого учения о праве, а есть несколько учений. Это проявляется в том, что творческое наследие Кельзена может быть разделено на несколько фаз. Так, если взять предложенную Стенли Полсоном трехфазовую периодизацию, это наследие можно разделить на фазу конструктивизма (до 1920 г.), неокантианскую, или классическую, фазу (1920–1960 гг.) и скептическую фазу, или позднее учение (с 1960 г.).⁴⁴

При всей последовательности и настойчивости идеолого-критической и позитивно-правовой основополагающей тенденции Кельзен внес в свое чистое учение о праве многочисленные, порой весьма значительные, изменения сразу после публикации первого издания одноименной книги. Если привести хотя бы несколько показательных примеров, то отклонения от занятой в «Чистом учении о праве» 1934 г. позиции проявляются в следующем.

1. В поиске «идеальной лингвистической формы юридического правила»:⁴⁵ если первоначально внимание Кельзена было приковано к характеристикам принуждения и предписания, а также к предписывающим и обязывающим нормам, то впоследствии в центре кельзеновской теории норм оказываются идеи об управомочивании, а также норма компетенции.

2. В истолковании основной нормы: здесь Кельзен заменяет толкование основной нормы как гипотезы на толкование, в рамках которого основная норма становится чистой фикцией в смысле разработанной Файхингером философской теории «как если бы».

3. Во взаимном увязывании юридической действительности и социальной реальности: если повсюду Кельзен рассматривает реальность не как основание, а лишь как условие юридической действительности и в 1934 г. он связывает «реальность в общем и целом» только с правовым порядком как с целым, то после Второй мировой войны он распространяет это условие и на вопрос о действительности отдельной нормы.

4. В использовании парных понятий правовой нормы и юридического правила: если в издании 1934 г. Кельзен по-прежнему использует их в качестве синонимов, то позднее он проводит границу между принадлежащей позитивному праву прескриптивной нормой и принадлежащим науке о праве дескриптивным юридическим правилом, выступающим в качестве простого описания правовой нормы.

⁴³ Сравнивая два издания «Чистого учения о праве», Кельзен указал, что второе издание представляет собой «полную переработку... и авторское развитие предметной области» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960. 2. Aufl. S. VII*).

⁴⁴ *Paulson S. L.* 1) *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1998. N 18. P. 153–166; 2) *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. N 19. P. 351–364.

⁴⁵ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen, 1923. S. 237.*

5. В ответе на вопрос о существовании юридической логики: если первоначально Кельзен, следуя популярному среди юристов представлению, распространял правила логики (правила силлогизма, исключения противоречия) и на правовые нормы, то в позднейших работах в контексте разделения между правовой нормой и юридическим правилом он отвергает применение правил пропозициональной логики к правовым нормам, что привело к выдвиганию против Кельзена обвинений в «нормативном иррационализме».⁴⁶

6. В признании так называемого нормативного силлогизма: если в течение длительного времени Кельзен исходил из широко распространенного в юриспруденции представления о том, что индивидуальная норма логически выводима из общей нормы, то в своих поздних работах он осуществил (также под влиянием разграничения правовых норм и юридических правил) кардинальный поворот в этом вопросе и настаивал на том, что для каждого акта по созданию права есть конституирующий реальный акт воли.

7. В иерархическом положении справедливости: Кельзен опускает ее с уровня абсолютной трансцендентной ценности до уровня простой относительной ценности.

8. Наконец, в выборе в пользу одного из двух возможных монистических истолкования отношения между государственным и международным правом (примат права отдельного государства ↔ примат международного права): если в 1930-е гг., следуя своему ученику Фердрессу, Кельзен сделал выбор в пользу примата международного права и тем самым высказался против примата права отдельного государства, то позднее он скорректировал свою позицию тем, что в теоретико-правовой перспективе акцентировал внимание на монистическом, а не дуалистическом истолковании отношения между различными «правовыми порядками»; с этих новых позиций теория права не может принять решения в пользу одной разновидности монизма и против другой его разновидности (так называемый монистический тезис выбора), поскольку сам по себе этот выбор является вопросом мировоззрения (идеологии).

⁴⁶ Weinberger O. Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen. Berlin, 1981. S. 94.