

Антонов М.В.

**Концепция демократии в контексте чистого учения о праве
(к 40-летней годовщине смерти Ганса Кельзена (1881-1973))***

В настоящей статье автор изучает учение Ганса Кельзена о демократии. Автор акцентирует внимание на связи между концепцией демократии и концепцией динамической структуры правопорядка (Stufenbau) – взаимосвязь этих двух концепций позволяет лучше понять оригинальность политико-правовых воззрений Кельзена. Суть демократии, по Кельзену, лежит в обеспечении участия народа на всех ступенях правоприменения, а не только на стадии принятия законов через избранный народом парламент.

In this article the author examines the democracy theory of Hans Kelsen. The author accentuates the connection between the democracy theory and the theory of the stepwise legal order (Stufenbau) in Kelsen's doctrine. Connecting these two theories allows understanding originality of Kelsen's conception of law and state. According to Kelsen, the issue of democracy is about participation of people at all the stages of law enforcement, and not only at the stage of adopting of laws by a parliament elected by people.

Ключевые слова: Ганс Кельзен, демократия, чистое учение о праве, политический режим, динамическая структура правопорядка, законодательство, правоприменение

Key words: Hans Kelsen, democracy, pure theory of law, political regime, dynamical structure of legal order, lawmaking, law enforcement

Правовая концепция Кельзена явилась, пожалуй, одним из основных объектов философско-правовой рефлексии и критики в XX веке – точкой опоры для одних теоретиков, точкой отталкивания – для других. Но в любом случае концепция Кельзена знаменует собой точку невозврата для теоретического правоведения – невозможность наивной веры в объективность и идеологическую нейтральность понятий юридической догмы. Этот мыслитель поставил перед наукой о праве, служению которой посвятил свою жизнь, кардинальные по своей значимости вопросы, уйти от которых эта наука уже не может – последнее основание действительности правовых норм, гносеологические условия единства правового порядка, взаимоопределяемость понятий государства и права. Но этим учение Кельзена о праве и государстве не исчерпывается – особое место в этом учении занимает вопрос о политической форме государства.

Представляя себе политико-правовые воззрения Кельзена, исследователь обычно ассоциирует эти воззрения с чистым учением о праве. Эта ассоциация не лишена почвы под ногами, но здесь следует делать, как минимум, три оговорки. Во-первых, чистое учение о праве не является единственным интеллектуальным вкладом Кельзена в развитие политико-правовой мысли в XX веке – этот мыслитель также заслуживает внимание и как конституционалист (в частности, автор континентальной концепции конституционного надзора, впервые воплощенной в Конституции Австрии 1920 г., применительно к которой Кельзен как раз выступил разработчиком главы о конституционном суде), и как специалист по международному праву (его идеи о соотношении внутреннего и международного права, о правовой

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

природе международных организаций и др. до настоящего времени не утратили своего значения для этой научной дисциплины), и как политолог (его концепция демократии, которую он отстаивал в интеллектуальных дебатах с К. Шмиттом и другими мыслителями своего времени, до сих пор является одной из важнейших доминант развития концепции демократии в западноевропейской науке XX века¹), и как специалист по истории политико-правовых учений (ср. его исследования истории формирования концепции справедливости).

Во-вторых, само чистое учение о праве является весьма сложным комплексом идей, которые нельзя трактовать в отрыве от системы кельзеновских взглядов на право и государство. Это учение ни в коем случае не есть апология грубой фактической силы, не есть обоснование всемогущества суверенной власти, не есть учение о некоем чистом праве, не имеющем примесей фактичности, не есть отрицание юридической социологии, психологии и других эмпирических наук о праве. В чистом учении о праве можно и должно различать отдельные блоки (гносеология права, учение о действительности, о единстве права, учение о нормах и др.), которые сами по себе являются самостоятельными научными теориями, не во всех моментах безупречно стыкующимися друг с другом. И наряду с этими внутренними блоками чистого учения существуют и внешние блоки, которые развивались мыслителем в рамках отдельных концептуальных схем. Домысливание, достраивание системы идей, изложенной мыслителем в одном блоке, для того чтобы вывести «логические следствия» из учения Кельзена применительно к вопросу, который тематически относится к другому блоку (скажем, из учения о самодовлеющей действительности основной нормы выводить отрицание значения справедливости для создания и применения права), оказывается характерной ошибкой, приводящей к искажению образа чистого учения о праве, к приписыванию его автору чуждых ему идей. Типичный, но не единственный случай подобного непонимания кельзеновской теории представляет критика Радбрухом чистого учения о праве как молчаливого согласия с всевластием фашистского режима и наличием несправедливого права.² Что это не так, достаточно четко явствует хотя бы из того, что и сам Кельзен, и его правовая теория подверглись преследованиям со стороны нацистов, либо из того, что Кельзен посвятил немало времени исследованию проблем справедливости. В этом можно убедиться, прочитав хотя бы § 8 первого издания «Чистого учения о праве» (1934 г.)³ либо же приложение ко второму изданию (1960 г.) под названием «Проблема справедливости».⁴ В этом смысле показательным, что господствующим в условиях нацистского режима был именно естественно-правовой тип правопонимания, позволявший как угодно перетолковывать содержание законов в свете «высших принципов» (т.н. доктрина «неограниченного толкования»). Если Кельзен допускал и признавал фактическую неограниченную власть интерпретатора права, раскрывая реальный механизм правоприменения и толкования права, то он одновременно указывал на ответственность толкующего право лица (органа),

тогда как юснатуралистическая ссылка на «высшие принципы» от такой ответственности интерпретатора освобождала. Этим и объяснялась враждебное отношение нацистского режима к правовому позитивизму в целом, и к Кельзену, в частности.⁵

В-третьих, само чистое учение о праве не представляет собой однородной, неизменной и непротиворечивой системы идей. Кельзен никогда не рассматривал свое учение как законченное и свободное от ошибок, в связи с чем постоянно вносил в него коррективы. Не случайно исследователи творчества этого мыслителя выделяют несколько этапов, стадий развития чистого учения о праве – для каждой из этих стадий характерно наличие своей исследовательской программы и системы аксиоматических посылок изучения и объяснения права. Известно, что Кельзен в разные периоды своего творчества по-разному объяснял действительность права (и, соответственно, природу основной нормы), по-разному описывал значение логики для описания правовой материи, по-разному смотрел на природу текстов права (правовых предложений и высказываний) и т.п.⁶ Многие исследователи и критики указывают (порой обоснованно) на несогласованность разных блоков политико-правового учения Кельзена, упоминая нюансы, которые мыслитель акцентировал в одних случаях, но которыми пренебрегал в других случаях (к примеру, понимание права как волевой конструкции в позднем учении о праве, которое плохо состыковывается с более ранним учением о приоритете международного права или о конституционном контроле). В этом состоит как слабая (отсутствие единой, полностью непротиворечивой теории, «целостного правопонимания»), так и сильная (конкретность, акцентированность на отдельных проблемных блоках) стороны кельзеновского учения (можно сказать – учений) о праве.

В ряду этих проблемных блоков особое место занимает концепция демократии, развитая австрийским правоведом в 20-е годы XX века и ставшая одним из главных источников философско-правовой рефлексии Кельзена на всем протяжении становления его теории. Эта концепция представляет собой отдельный смысловой блок политико-правового учения Кельзена, хоть и тесно связанный с его чистым учением о праве. Именно изучением этой демократической концепции, которая до настоящего времени не была предметом научных публикаций на русском языке, мы и займемся в рамках настоящей статьи, посвященной 40-летней годовщине смерти данного мыслителя. Концепция демократии, по мнению автора, стоит особняком в рамках воззрений Кельзена на право и государство. В ней Кельзен пытается рассмотреть демократию не содержательно, а формально-юридически – как своеобразную «схему истолкования», позволяющую юристу находить объективный смысл принимаемых законодательным органом правовых актов в качестве государственной воли как выражении воли большинства. Эта схема истолкования есть лишь инструмент юридического мышления и не претендует на описание фактических моментов образования политической воли властвующих элит. Свое истинное значение эта схема обретает лишь во

взаимосвязи с другой концепцией – динамического раскрытия объективного смысла правовых актов через ступени правоприменения.

Казалось бы, подчеркнутый политический индифферентизм Кельзеновского учения о праве делает невозможным занятие той или иной политической позицией Кельзеном как ученым, как мыслителем, как гражданином. Его идеалом была наука, которая была бы способна характеризовать право нейтрально по отношению ко всем внешним факторам и ценностям, описывать право как систему устанавливающих человеческое поведение норм,⁷ независимую от других нормативных систем общества. Вовне такая независимость проявляется в институциональной самостоятельности государства как централизованного порядка, через которое реализуется право. Такая независимость постулируется как методологическая посылка для особого самореферентного описания нормативно-правового порядка – при этом Кельзен был далек от утверждений о том, что на самом деле право существует и действует независимо от морали, религии, политической идеологии. Это лишь искусственная конструкция, «схема истолкования» правового порядка, которая нужна юристу для решения сугубо аналитических задач при работе с нормативным материалом (выстраивание иерархии норм, решение коллизий между ними и т.п.). Как небезосновательно отметил Р. Вальтер, в ракурсе позднего учения Кельзена само существование нормативно-правовой системы является гипотетическим: «системы принуждения, и в частности систему права, следует истолковывать как если бы они были нормативными».⁸

Однако из того, что право есть самореферентный нормативный механизм, не заимствующий источник своей действительности вовне и поэтому независимый от ценностных суждений, политических сил или фактического принуждения, не следует, что для бытия права безразличен тот политический режим, в рамках которого существуют тот или иной правопорядок.⁹ Действительно, задачей правоведа является описание права, а не оценочные суждения о праве. Поэтому Кельзен последовательно признавал, что и плохое право остается правом, что нацистский порядок также является правовым с той формальной точки зрения, что он обеспечивает длительное повиновение нормам под угрозой применения санкций. При этом задачей чистого учения о праве не является ни обоснование действительности той или иной системы права, ни увещание подчиняться этой системе – вопрос о подчинении или протесте против бесчеловечного права является делом внутренней совести каждого человека, куда наука о праве вторгаться не компетентна. Вместе с тем, у мыслителя была собственная четкая политическая позиция, в ракурсе которой он обозначил свое отношение к политическим событиям своего времени, а также аргументировал свое видение демократии как наилучшей из возможных форм политического режима.

Среди этих работ особое место занимает труд мыслителя, посвященный сущности демократии, где Кельзен конструирует свое видение

политического идеала, встраивая этот идеал в канву своих представлений о праве и научной методологии. Этот труд впервые был опубликован в формате журнальной статьи в 1920 году,¹⁰ затем в 1929 году в формате отдельной монографии была опубликована расширенная версия этой работы,¹¹ а окончательная редакция кельзеновской концепции демократии сформулирована в обширной англоязычной статье, вышедшей в 1966 году, где мыслитель пересматривает некоторые из своих идей, делая особый акцент на контрасте между идеями демократии и либерализма.¹²

Интерес Кельзена к этой проблематике демонстрирует, что мыслитель далеко не был оторванным от жизни резонером, заинтересованным только в абстрактных схемах, независимо от того, совпадают ли они с реальностью. Как раз наоборот, немалую долю своего интеллектуального труда Кельзен посвятил злободневным, насущным юридическим и политическим проблемам своего времени.¹³ Если этот ученый и пытался сконструировать чистый метод познания права, свободный от всякой идеологии, то такая изолированность означала лишь методологическую посылку научного познания, но никак не жизненную установку автора чистого учения о праве.¹⁴ Кельзен начинает обозначение проблематики демократии со следующего методологического замечания: «Своеобразие социальных структур, которые представляют собой предмет социологического познания – таких как государство, нация, класс и т.п. – заключается в дуализме между идеологией, через которую эти структуры предстают в сознании составляющих данные структуры людей, и так называемой реальностью, которая предстает как действительные фактические отношения между составляющими социальными общностями людьми».¹⁵ Итак, рассуждения о социально-политических формах распадаются на два независимых дискурса: идеологию как рассуждение о лучших формах и на реализм как изучение фактических связей между людьми. С этой точки зрения, Кельзен первоначально подходит к проблеме демократии со стороны социологического метода.

Какие же реалии предстают перед познающим сознанием при анализе политической жизни общества, да и социальной жизни людей в целом? Для Кельзена, также как и для Э. Дюркгейма несомненно, что основная реалия устройства обществ современного типа – это разделение труда, - «принцип, который обуславливает любое социальное и техническое развитие».¹⁶ Поскольку «идея свободы, которая лежит в основании демократии, на практике неизменно наталкивается на бесспорную потребность разделения труда, на непреодолимую тенденцию к социальной дифференциации».¹⁷ Эта потребность и эта тенденция приводят общество к парламентаризму как к необходимой модели компромисса при формировании политической элиты – т.е. при выделении из общества той прослойки людей, которые будут заниматься законодательствованием. Единственной возможностью для всех остальных людей сохранить свою свободу является «создание отдельного аппарата, который будет формировать государственную волю, и контроль за таким аппаратом».¹⁸ В этом отношении Кельзен продолжает

традицию либеральной философии права и, на первый взгляд, его рассуждения вполне встраиваются в канву этой традиции.

Кельзеновская концепция демократии основана на приоритете индивидуальной свободы, то есть автономии личности – именно эту автономию призвана охранять и защищать демократическое государство. Автономия проявляется в том, что за личностью признается способность к самостоятельному выбору и решению. Крайним выражением такой автономии является самозаконность личности, ее способность создавать нормы, регулирующие собственное поведение. Такая автономия в своем полном масштабе встречается в первобытных обществах, а в урезанном виде (как свобода нравственного самоопределения) составляет неотъемлемый элемент социального бытия личности.¹⁹ Но эволюция социальной жизни приводит к тому, что первоначальная полная свобода от любого гетерономного порядка становится невозможной – цивилизованная, ограниченная форма свободы реализуется через идею народного представительства, через принцип власти большинства, либо же через идею власти лучших, через принцип власти одного или нескольких.

Иными словами, индивидуальная свобода индивида в развитом обществе в любом случае оказывается ограниченной коллективной свободой социума (а в реальности, волей большинства или меньшинства членов общества, персонифицированной в абстрактной воле государства), который выступает в качестве источника гетерономных норм, лимитирующих индивидуальную автономию. В этой перспективе в некоторых (демократических) государствах свобода проявляется в том, что правящие формально-юридически согласуют свободу своего усмотрения с волей большинства – в том плане, что законы принимаются выбранным народом парламентом от имени народа, а другие власти формально в своей деятельности подчиняются этим законам. В других обществах властвующие такой формально-юридической обязанности не несут. В воле большинства проявляется решение всех юридически причисляемых к народу индивидов (принадлежащих как к большинству, так и к меньшинству – поскольку меньшинство есть необходимое условие для наличия большинства²⁰). Таким образом, индивид вновь обретает свою свободу, располагая своей волей в том или ином отношении к воле большинства, которая формально-юридически связывает парламент или иной законодательный орган.

Эту вполне руссоистскую интерпретацию демократии Кельзен развивает в противоположном Руссо направлении, приходя не к отрицанию, а к утверждению идеи политического представительства, «которая является единственной реальной формой, в которую сегодняшняя социальная действительность может вместить идею демократии».²¹ Демократия для Кельзена важна прежде всего как процедурный механизм, позволяющий найти компромисс при оценке различных интересов и мнений, прийти к совместному решению, которое бы не ущемляло свободу (то есть автономию) индивидов. Принцип приоритета решения большинства в этом контексте не означает качественного превосходства коллектива над

индивидом, руссоистской идеи безошибочности коллективного мнения – для Кельзена этот формальный принцип значим лишь как основа для политического устройства общества, как основа государственности и правового порядка. Также как и основная норма, в интерпретации Кельзена принцип большинства (принцип демократии) является строго формальным, не имеет конкретного содержания и представляет собой лишь мысленную конструкцию, вокруг которой строится политическая деятельность, центром которой является государство (в свою очередь, сущностно связанное с правопорядком).

В некоторой степени идея демократии для политического устройства общества есть то же самое, что основная норма для устройства правового порядка – мысленная, постулируемая гипотеза. Мыслитель прекрасно понимает, что мнение большинства в отдельных случаях может расходиться с правовыми предписаниями, с основами государственного устройства – демократия не означает веру в непогрешимость мнения толпы, а является собой идею верховенства права: «вера в божественность народа является столь же невозможным допущением, как и вера в божественность монарха».²²

Но насколько такая постановка вопроса совместима с идеей народного представительства, то есть с идеей о том, что парламентарии выражают при принятии законов не свою волю, а волю своих избирателей или же волю всего народа в целом? Как раз здесь Кельзен решительно расходится с традиционными учениями о народном суверенитете и о демократии, как форме реализации такого суверенитета. Мыслитель указывает на то, что такие учения проповедают «очевидную фикцию», выдают желаемое за действительное, цель политической формы принимают за ее сущность. Ни социальная психология, ни политическая философия, ни какая-либо иная наука не в состоянии объяснить, за счет каких мистических свойств воля избранного члена парламента транслирует волю избравших его членов общества. Такие учения занимаются обоснованием одной фикции через другую фикцию,²³ то есть через фикцию тождества воли избирателей и избранных обосновывают фикцию единой народной воли (которая в реальности не существует и существовать не может²⁴).

Для идеологокритической теории Кельзена такое учение явно неприемлемо. Также как и применительно к другим проблемам теории государства, он задается вопросом о том, какая же реальность лежит за учением о парламентском представительстве. Для Кельзена очевидно, что это – реальность юридического характера. Иными словами, речь идет о специфической нормативно-правовой конструкции представительства, которая позволяет приписывать, вменять действия представителя представляемому им лицу. Как в гражданском обороте, так и при парламентских выборах и последующем принятии законов парламентом правовое мышление пользуется одной и той же конструкцией с тем, чтобы передать юридическую сущность происходящих в действительности процессов.²⁵ Разумеется, в области парламентаризма конструкция представительства обретает особые, свойственные только ей черты, которые характеризуют такие черты как

свободный мандат, партийность, тайна голосования, непersonифицированность представляемых лиц и т.п. Такая представительская демократия есть правовая конструкция, которую можно констатировать в тех обществах (точнее, в тех правовых порядках), где законодательные органы формируются как представители народа, которым народ поручает одну из правотворческих функций – создание законов. Сама по себе такая форма не имеет однозначной ценностной характеристики – демократия может вести как к процветанию, так и к упадку, гибели обществ, как к нравственному подъему, так и к духовной деградации; более того, нет никаких гарантий того, что принятые в демократических правовых порядках законы по своему качеству будут лучше, чем законы, создаваемые в авторитарных обществах. Демократия для Кельзена – это ценностно-нейтральная конструкция, юридически описывающая определенный порядок образования государственных органов.

Ключом к пониманию идеи демократии, развиваемой Кельзеном, является последовательный релятивизм, который не допускает идеи абсолютной истины – будь то в сфере нравственности, права или политики. Чистое учение о праве утверждает невозможность научно установить конкретное содержание справедливости в ракурсе ценностного релятивизма, из которого вытекало, что выбор конкретного содержания справедливости и его закрепление в нормах права есть вопрос прежде всего политический. Это ни в коем случае не есть отрицание существования справедливости как таковой, равно как агностицизм Кельзена в вопросах аксиологии не означает субъективизма, отрицания абсолютных ценностей так таковых.²⁶ Действительно, мыслитель неоднократно признавал, что право может иметь любое мыслимое содержание, и что в процессе толкования правоприменитель не связан толкуемыми и применяемыми им нормами. Но эти утверждения со стороны Кельзена не преследовали целью апологию правового произвола – их целью было, наоборот, разоблачение той правовой идеологии, которая под красивыми лозунгами скрывала неизбежные в любом правовом порядке реалии осуществления власти.²⁷ А то, что создание и применение права и есть основная форма осуществления политической власти, для Кельзена, как для последовательного позитивиста, представлялось бесспорным. То, что эта власть зиждется не на неких вечных и неизменных принципах, а является результатом определенного интеллектуального консенсуса (допущение основной нормы), накладывал на осуществляющих власть лиц особую ответственность за принимаемые решения и особое обязательство обосновывать свои решения путем апеллирования к правовым нормам, а не к внеправовым началам.

Поскольку нет объективной истины (объективного добра), то нет и оправдания господству «лучших людей», способных обнаружить и сформулировать эту «истину» (национальную идею, общественное благо и т.п.) лучше других сограждан – с этой точки зрения, нет альтернативы принципу большинства при принятии политических решений. Это не означает ложности, неправильности позиции меньшинства – эта позиция

просто не смогла формально реализовать себя в данных политических условиях, с помощью данных механизмов принятия решений. Но завтра эта позиция может стать мнением большинства. С этой точки зрения, нет оснований для преследования инакомыслия, поскольку расходящаяся с решением большинства индивидуальная воля не «ошибается» (как у Руссо), а вместе с другими волями совместно участвует в принятии общего решения.

Демократия, таким образом, оказывается открытым процессом обмена мнениями и принятия решений, основанном на личной свободе, равенстве, плюрализме взглядов и интересов – идеологической базой этого процесса является ценностный релятивизм, без которого невозможно обосновать плюрализм и равенство. Как пишет Кельзен: «Тот, кто не считает, что абсолютная истина и абсолютные ценности заранее заданы в человеческом познании, тот должен допускать возможность не только своего, но и чужого, противоположного мнения. Поэтому именно мировоззренческий релятивизм является предпосылкой идеи демократии».²⁸ Демократия в этом плане есть лишь один из возможных вариантов мирной деятельности людей по совместному формированию государственной воли на началах разделения труда и юридического представительства. Этот релятивизм последовательно отстаивается Кельзеном – на злободневный вопрос тех дней (связанных с кризисом Веймарской республики в 30-е годы и победами фашистов на выборах) о том, допустимо ли ограничить демократию (отойти принципа решения большинства) во имя спасения демократии от грядущей диктатуры, Кельзен отвечает отрицательно: «Та демократия, которая утверждает себя против мнения большинства и которая пытается утвердить себя силой, перестает быть демократией».²⁹

В этом отношении показателен приводимый Кельзеном пример суда Понтия Пилата над Христом, которым опровергается антидемократическая аргументация К. Шмитта, основанная на иной интерпретации этой же ситуации. Идея демократии заключается не в том, что мы считаем мнение толпы, осудившей Христа на смерть, единственно верным выражением политической воли, а в том, что мы не абсолютизируем это мнение и признаем наряду с ним наличие других мнений. Идея демократии допускает возможность для Пилата не согласиться с мнением толпы и отпустить на свободу не разбойника, а Христа, руководствуясь при этом требованиями закона, принимая закон, а не желание сиюминутного народного большинства, в качестве высшего выражения государственной воли.³⁰ Демократия не есть панацея от социальной несправедливости – это есть лишь лучшая из известных человечеству возможность обеспечить индивидуальную свободу в политически организованных обществах, есть лишь «разумный средний путь» между крайностями других политических режимов.³¹

Что же из себя представляет демократия в своей конкретике? Мыслитель предметно обозначает достаточно загадочно, говоря о парламентской демократии как о такой «форме, идеологией которой является недостижимая в социальной действительности свобода, а реальностью которой является мирное сосуществование».³² Итак, демократия есть нечто

подобное тому, что П.И. Новгородцев называл общественным идеалом, то есть умопостигаемая, но недостижимая в реальности форма социального устройства, которая служит лишь категорией человеческого мышления, не неся в себе никакого позитивного, конкретного социально-политического содержания.³³ Совпадение отнюдь не случайное с учетом того, что оба мыслителя (Новгородцев и Кельзен) стояли на общей методологической платформе – неокантианстве марбургского толка. Вместе с тем, в отличие от концепции Новгородцева, интерес кельзеновской модели демократии заключается не в ее философско-правовом измерении (в этой перспективе Кельзен не выходит за пределы хорошо известного государствоведению XIX века концепции парламента как юридического представителя народа). Интерес представляет тот ракурс, в котором мыслитель пытается связать свою модель демократии с чистым учением о праве, в особенности с учением о динамичном устройстве правового порядка.

Напомним, что Кельзен выделял два типа правопорядков: статичный и динамичный. Статичный правопорядок – это иерархия норм, подчиненных друг другу в определенном порядке, ранжированных в зависимости от их юридической силы.³⁴ Наряду со статичным правопорядком при описании права можно воспользоваться другой, более корректной и адекватной схемой – динамичного правопорядка. Под ним Кельзен понимает цепь правомочий, которые наделяют (вменяют) юридическим значением акты данного порядка принуждения: от высшего звена к низшим (само это значение не исходит из мира идей, а постулируется, предполагается юристом, объясняющим устройство и действие правопорядка). На каждой из ступеней это значение все более конкретизируется, причем закон не представляет собой последней стадии конкретизации. Каждый раз, когда применяется некая норма права, юрист может проследить (сконструировать) цепочку динамичного развертывания правопорядка. К примеру, от конечного акта правового принуждения к закону, устанавливающему компетенцию лица, исполняющего решение суда; потом к решению суда, которым этот акт принуждения установлен; далее к закону, которым предусмотрена компетенция судьи на вынесение обязательных для исполнения решений; далее – к конституции, которая предусматривает право парламента создавать законы; далее – к прежней конституции, на основе которой была создана действующая; и так далее – до последнего звена, которым замыкается цепочка компетенций. Если можно проследить такую динамическую цепочку, то каждый акт в ней мы можем квалифицировать как правовой.³⁵

С этой точки зрения, вопрос о демократическом устройстве государства не ограничивается проблематикой формирования только законодательных органов. Ведь для Кельзена процесс правотворчества продолжается на всех ступенях правоприменения, каждый правоприменитель принимает творческое участие в создании права. Степень такого участия может варьироваться в зависимости от меры автономии, предоставляемой вышестоящей нормой, из которой выводится компетенция правоприменителей или сторон сделки. В любом случае, такая автономия

имеет место, поскольку содержание индивидуальной нормы не может быть полностью определено общей нормой, которая есть лишь рамка, заполняемая конкретным содержанием на стадии правоприменения. А это означает, что нормативные тексты (законы и т.п.) не обладают заранее заданным, фиксированным значением, которое судье предстоит логически «вывести» из нормы и применить к конкретному делу. Конструирование индивидуальных норм не есть результат знания о некоем объективном содержании вышестоящих правовых норм, оно не есть также результат логических операций. Таким образом, вопрос о демократии как о форме выражения государственной воли оказывается связанным с организацией государственной власти на всех ее уровнях. А с учетом кельзеновского тезиса о тождестве государства и правового порядка это означает – с организацией процессов правотворчества и правоприменения на всех ступенях правового порядка.

В этом ракурсе Кельзен развивает свое учение о демократии не столько как проблематику организации высших органов государственной власти (традиционная проблематика форм государства), сколько как проблематику демократического процесса правоприменения. Вопросы о сущности и природе делегирования власти народом государству, о народном благе, разделении властей и другие темы дискуссий о формах государства для Кельзена лишены практического значения. Все эти вопросы он умело уводит в область формально-юридических конструкций, освобождая проблематику демократии от идеологических дискурсов. Эти конструкции ничего содержательного в себе не несут – с этой точки зрения название основной работы Кельзена по проблематике демократии – «О сущности демократии» (в английском варианте название звучит уже более корректно – «Основы демократии») – вводит в заблуждение. Демократия не имеет никакой сущности, это лишь форма мышления, дающая нормативно-юридическое описание процессов властвования в открытых обществах.³⁶ Данная форма мышления формируется на той же самой методологической платформе, что и чистое учение о праве – на понимании образования государственной воли как многоступенчатого процесса, начинающегося с определения основ конституционного строя (такой метафорой в некотором смысле можно обозначить конструирование основной нормы в юридическом мышлении) и заканчивающегося конкретным актом правового принуждения. И вопрос стоит не столько о том, как создать демократические законы – ведь вопрос о законах для Кельзена второстепенен, поскольку закон дает лишь «общие рамки», которые заполняются содержанием не законодателем, а правоприменителем, – сколько о том, как гарантировать защиту индивидуальной свободы на всех стадиях правоприменительного процесса. В данном отношении правовая теория Кельзена содержит в себе ценный потенциал.

-
- ¹ *Schmitt C.* Der Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931. S. 30; *Kelsen H.* Wer soll der Hüter der Verfassung sein? // *Die Justiz.* 1930/1931. No 6. S. 576.
- ² *Радбрух Г.* Законное неправо и надзаконное право // *Радбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 233.
- ³ *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. § 8 // *Российский ежегодник теории права.* 2011. № 4.
- ⁴ *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. Сб. переводов. М., 1988. Вып. 2. С. 156–209.
- ⁵ *Dreier H.* Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Baden-Baden, 1990. 2 Aufl. S. 22ff.
- ⁶ Ср.: *Paulson S. L.* Towards a Periodization of the Pure Theory of Law // *Hans Kelsen's Legal Theory a Diachronic Point of View.* Turin, 1990.
- ⁷ *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. Сб. переводов. Вып. 1. М., 1987. § 4 (а).
- ⁸ *Walter R.* Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre // *Rechtstheorie.* 1970. No 1. S. 70.
- ⁹ Связь между формой государственного устройства и господствующим в обществе мировоззрением всегда была для Кельзена очевидна. Ср.: *Kelsen H.* Staatsform und Weltanschauung (1933) // *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross / Klecatsky H., Marcic R., Schambeck R.* (hrsg.). Wien, 2010 S. 1575-1590.
- ¹⁰ *Kelsen H.* Vom Wesen und Wert der Demokratie // *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.* 1920. No 47.
- ¹¹ *Kelsen H.* Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, 1929.
- ¹² *Kelsen H.* Foundation of Democracy // *Ethics.* 1955. No 66. S. 1-101. См. другие работы Кельзена, посвященные проблематике демократии в сборнике, составленном М. Иештедтом и О. Лепсиусом: *Kelsen H.* Verteidigung der Demokratie. Tübingen, 2006.
- ¹³ См.: *Dreier H.* Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Неслучайно, что оба издания его ключевого труда о проблемах демократии появились в 1920 и 1929 годах, когда его родная страна – Австрия переживала политический кризис и проходила через конституционные реформы.
- ¹⁴ Ср., напр. Статью Эрнста Топища «Ганс Кельзен – демократ и философ» (*Topitsch E.* Hans Kelsen – Demokrat und Philosoph // *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen / Krawietz W., Topitsch E., Koller P.* (hrsg.). Berlin, 1982. S. 11-27), а также другие работы, вошедшие в этот сборник 1982 года.
- ¹⁵ *Kelsen H.* Demokratie // *Vortrag auf dem Fünften Deutschen Soziologentag (Oktober, 1926) /* Цит. по: *Olechowski T.* Von der „Ideologie“ zur Realität der Demokratie // *Hans Kelsen: Eine politikwissenschaftliche Einführung.* Wien, 2009 / *Ehs T.* (hrsg.). S. 113.
- ¹⁶ *Kelsen H.* Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1929. S. 29.

¹⁷ Ibid. S. 44.

¹⁸ Ibid. S. 30.

¹⁹ Ibid. S. 3ff.

²⁰ Ibid. S. 8.

²¹ Ibid. S. 25.

²² Ibid. S. 99.

²³ *Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1920. S. 15.*

²⁴ См. дебаты Кельзена со Змендом по этому вопросу: Ср., с одной стороны: *Smend R. Verfassung und Verfassungsrecht*, и с другой стороны: *Kelsen H. Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung. Wien, 1930.*

²⁵ *Кельзен Г. Чистое учение о праве. Сб. переводов. М., 1988. Вып. 2. С. 128-131.*

²⁶ Для иллюстрации позиции Кельзена можно привести его рассуждения из работы «О справедливости»: «Действительно, я не могу сказать, что есть справедливость, абсолютная справедливость – эта прекрасная мечта человечества. Мне приходится довольствоваться относительной справедливостью, и я могу лишь сказать, что справедливость означает лично для меня. То, что наука есть мое призвание и важнейшее в моей жизни – это та справедливость, под защитой которой я могу служить науке и тем самым истине и искренности. Это – справедливость свободы, мира, демократии и толерантности» (*Kelsen H. Was ist Gerechtigkeit? Wien, 1975. 2 Aufl. S. 43*). См. о взаимодополняемости ценностного релятивизма и теории демократии Кельзена: *Dreier H. Wertrelativismus und Demokratietheorie // Reflexionen über Demokratie und Recht / Walter R., Zeleny K. (hrsg.). Wien, 2009. S. 13-31*).

²⁷ Эту цель Кельзен вполне четко выразил в возражениях на критику Р. Зменда. В ответной реплике он пишет о том, что целью чистого учения о праве, сводящего государство к нормативному порядку, является расшатывание «веры во власть тех людей, которые осуществляют ее от чужого имени, в качестве органа, то есть под маской государственной власти» (*Kelsen H. Der Staat als Intergration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung. S. 30*). Если же снять данную маску, то под ней виден гипнотизирующий взгляд власти, завораживающее подобно голове Горгоны (речь Кельзена на собрании немецких государствоведов 1926 года – *Kelsen H. Anspruche // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1927. No 3*, цит. по: *Paulson S.L. Some Issues in Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann // Perspectives on Jurisprudence / Wahlgren P. (ed.). Stockholm, 2005. P. 279*).

²⁸ *Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1929. S. 101.*

²⁹ *Kelsen H. Verteidigung der Demokratie (1932) // Kelsen H. Verteidigung der Demokratie / Jestaedt M., Lepsius O. (hrsg.). S. 237*. Здесь Кельзен проповедует верность праву и полный квиетизм: «Нужно оставаться верным своему флагу даже тогда, когда тонет корабль, нужно погрузиться в глубину с надеждой на нерушимость идеала свободы» (*Ibid.*).

³⁰ *Kelsen H. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1929. S. 104.*

³¹ *Ibid. S. 31.*

³² *Ibid. S. 42.*

³³ *Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М., 1991.*

³⁴ Стоит отметить, что в поздних работах, особенно в «Общей теории норм» Кельзен отвергает конструкцию статичного правопорядка, считая такую конструкцию некорректной, поскольку она предполагает возможность объективного познания и ранжирования всех норм. Но поскольку нормы в процессе применения подвержены индивидуализации, то у них нет объективного содержания, в зависимости от которого их можно было бы расположить в некоей неизменной последовательности. Следовательно, научно обосновать можно только динамический правопорядок (ср.: *Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. S. 201ff.*).

³⁵ См. § 34 второго издания «Чистого учения о праве», а также: *Кельзен Г. Динамический аспект права // Конституция и власть. Сравнительно-исторические исследования. М., 1999.*

³⁶ Ср.: *Van Ooyen R. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. Wiesbaden, 2010.*