

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

М. В. Антонов\*

### Чистая теория права Ганса Кельзена — 50 лет спустя\*\*

8–10 сентября 2010 г. на юридическом факультете Оксфордского университета состоялась международная конференция «Наука о праве и теория права» (*Legal Science and Legal Theory*), посвященная философско-правовому наследию австрийского правоведа Ганса Кельзена. Конференция была организована Оксфордским университетом совместно с Институтом Ганса Кельзена при Венском университете и приурочена к 50-летнему юбилею со дня выхода в свет второго издания ключевой работы Кельзена «Чистая теория права». Полностью переработанное второе издание этой книги, по мнению большинства исследователей творчества Кельзена, знаменует коренной поворот в развитии его политico-правовых взглядов, именно по этой работе обычно излагается его учение о праве и государстве.

Данное научное событие собрало очень представительный состав участников со всего мира — более 70 специалистов по аналитической юриспруденции, а также по иным направлениям философии права. В рамках двухдневных пленарных заседаний выбранные оргкомитетом два десятка докладчиков представили слушателям и участникам развернутые сообщения, касающиеся отдельных аспектов творчества Кельзена, их связи с другими направлениями правовой мысли. Ниже мы приведем основные положения тех докладов, которые показались наиболее важными в контексте обсуждаемых на конференции вопросов.

Основной темой доклада «Кельзен о полноте и непротиворечивости права» (*Kelsen on completeness and consistency of law*) известного русско-аргентинского правоведа **Евгения Викторовича Булыгина** (юридический факультет университета Буэнос-Айреса, Аргентина) оказался вопрос о логической последовательности теории правопорядка Кельзена. Как показывает Булыгин, в данном аспекте своей теории Кельзен отходит от строгих позитивистских установок

\* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала НИУ ВШЭ ([mantonov@hse.ru](mailto:mantonov@hse.ru)).

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

и конструируют вид и на в этом с его долгого Булыгина, и норматив дальностям

В конце к разделен Первый вар связан с по держатся э дели долж законодате Кельзен ути тегории и к текстам и ное значен и непротив отношении де законом С этой точк в правопор знании о п

Только е такого пони властного ю он связыва жения уже ладать при тических м оцениватьс тем самым

Вместе те системь дением в и которому ю правило ю мыслитель добного пр темах, осо нормы выз всех право жит нормы приравнив поведение составляет

и конструирует рациональные идеалы права, которые в его концепции принимают вид идеалов беспробельности и непротиворечивости. Позиция Кельзена в этом отношении достаточно существенно варьировалась на протяжении его долгого творческого пути. Ошибочность этой позиции связана, по мнению Булыгина, с неспособностью провести четкое разграничение между нормами и нормативными предложениями, а также между негативной и позитивной модальностями дозволения.

В концепции Кельзена можно выделить два основных варианта подхода к разделению между нормами и нормативными предложениями (*Rechtssätze*). Первый вариант, которого австрийский мыслитель придерживался до 1960-х гг., связан с пониманием правового предложения как статьи закона, в которой содержатся элементы нормы, а самой правовой нормы — как реконструкции модели совершенствования, которая осуществляется правоведами на основании законодательных текстов. Следуя кантианским установкам в эпистемологии, Кельзен утверждал, что правоведение, подобно любой науке, формирует категории и конструирует нормы как предмет изучения, придавая законам, иным текстам и актам объективное значение. Выявленное правоведами объективное значение норм позволяет далее конструировать систему права как единую и непротиворечивую систему норм — правопорядок. Задача правоведа в этом отношении подобна задаче естествоиспытателя, который выделяет в природе закономерности и тем самым конструирует предмет своего исследования. С этой точки зрения Кельзен отрицал возможность пробелов и противоречий в правопорядке, поскольку это означало бы пробелы и противоречия в самом знании о праве.

Только во втором издании «Чистой теории права» Кельзен отказывается от такого понимания правовых норм и рассматривает последние уже как продукт властного установления, тогда как функцию описания норм правового порядка он связывает с правовыми предложениями. В этом смысле правовые предложения уже не имеют нормативного характера и могут, как любые суждения, обладать признаками истинности и ложности, что невозможно для норм как деонтических моделей совершенствования. Следовательно, правовые нормы не могут оцениваться как противоречивые или непротиворечивые, что признает Кельзен, тем самым отказываясь от тезиса о непротиворечивости системы права.

Вместе с тем он продолжает настаивать на тезисе о необходимой полноте системы права. Как доказывает Булыгин, это противоречие связано с введением в правопорядок «альтернативного правила по умолчанию», согласно которому разрешено все то, что не запрещено правовыми нормами. Данное правило у Кельзена играет роль общего принципа права, хотя сам австрийский мыслитель склонен рассматривать его именно как норму. Но если наличие подобного принципа — достаточно частое явление в современных правовых системах, особенно в сфере уголовного права, то придание ему характера общей нормы вызывает возражения, поскольку данный принцип не присутствует во всех правопорядках без исключения. Тезис о том, что правопорядок не содержит нормы, запрещающей некоторое поведение (слабое дозволение), Кельзен приравнивает к тезису о том, что в правопорядке есть норма, которая такое поведение дозволяет (сильное дозволение). Однако данное отождествление составляет, как уверен Булыгин, грубую логическую ошибку Кельзена, которая

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

разрушает основания его утверждений о полноте, беспробельности права.<sup>1</sup> Впрочем, доказывает далее докладчик, данное смешение характерно не только для Кельзена, но и для многих современных теоретиков права, включая Джозефа Рaza и Рональда Дворкина, утверждения которых о беспробельности права основываются на той же логической ошибке и на смешении рационального идеала права с реальной картиной права.<sup>2</sup>

Колебания Кельзена в рассматриваемом вопросе связаны, как считает Булыгин, с существованием в научном мировоззрении данного мыслителя двух соперничающих тенденций — кантианской и позитивистской. Первая из тенденций особенно заметна в идеях Кельзена об эпистемологической функции правоведения при создании норм права, о нормативности правовых предложений, об основной норме как трансцендентальной категории, о связи между действительностью нормы и ее обязывающим характером. Вторая тенденция проявилась в строгом разделении между познанием и оценкой (и, следовательно, между наукой о праве и политикой права), в понимании норм права как результатов властного установления, в конструировании науки права как описательной, в тезисе о позитивности права. Эти тенденции изначально присутствовали в работах Кельзена, но вторая тенденция со временем получила преобладающее значение, особенно после выхода в свет второго издания «Чистой теории права». Усиление этой второй, позитивистской тенденции привело Кельзена к отказу от тезиса о непротиворечивости системы права и, как полагает Булыгин, должно было бы привести к отказу от идеала беспробельного права, несовместимого с позитивистскими установками чистой теории.

Важное место в обсуждении кельзеновской философии права заняли дискуссии о значении нормативного подхода для правоприменительной практики. Эту проблематику затронул в своем докладе «Кельзен об обосновании судебного пересмотра» (*Kelsen on Justifying Judicial Review*) профессор Барселонского университета (Испания) **Хосе Хуан Моресо** (*Jose Juan Moreso*). Для понимания творчества австрийского мыслителя, по мнению Моресо, важно учитывать деятельность Кельзена в качестве судьи Конституционного суда Австрии. Немалая доля теоретических усилий Кельзена была связана именно с обоснованием создания этого судебного органа, первого в континентальной Европе, и наделения этого суда полномочиями по проверке конституционности законов. Позиция Кельзена в этом отношении основывалась на идее верховенства конституции, а эта идея в свою очередь опиралась на три базовых посылки: иерархический порядок правовых норм, выводимость содержания обычных правовых норм из конституции, сложность процесса внесения поправок в конституцию.

Исходя из этих посылок, Кельзен обосновал особую модель конституционного судопроизводства, отличающуюся от системы конституционной проверки статутов, существовавшей тогда в США, в первую очередь за счет специализации судей и централизации функции конституционного надзора в одном судебном органе. Данная модель имела в качестве теоретического

<sup>1</sup> См. подробную критику в публикуемой в настоящем номере Ежегодника работе К. Э. Альчуррона и Е. В. Булыгина «Нормативные системы» (гл. VII).

<sup>2</sup> Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Правоведение. 2007. № 2.

основа  
вого ра  
аксиом  
общефи  
К чи  
которы  
отрица  
проявле  
ность» (сущест  
Кельзе  
ритата  
ки с Ка  
пересм  
Вмес  
нием ко  
Во-г  
позитив  
любая |  
Оговор  
роны ко  
таких с  
зора, а  
консти  
норм и  
заложн  
но крит  
вместо  
непозит  
Во-в  
Кельзе  
их пере  
преки)  
не выте  
станови  
менимс  
казывае  
являетс  
мента |  
неконст  
(voidabi  
пробле  
рит. Он  
(логиче  
коего з  
низова  
онный :

сти права.<sup>1</sup>  
о не только  
чая Джозе-  
нности пра-  
конального

читает Бу-  
ителя двух  
зая из тен-  
й функции  
ых предло-  
яязи между  
тенденция  
и, следова-  
юром права  
права как  
ально при-  
и получила  
о издания  
енции при-  
права и, как  
тробельно-  
вории.

анали дис-  
практики.  
и судебно-  
селонского  
понимания  
ывать дея-  
и. Немалая  
ванием со-  
и наделе-  
в. Позиция  
институции,  
архический  
ых норм из

и конститу-  
ционной  
едь за счет  
го надзора  
тического

ника работе  
и опасность

основания развивающую Кельзеном особую концепцию демократии как правового равенства в свободе. Эта концепция для австрийского правоведа была аксиоматична в смысле того, что она не опиралась на факты, но выводилась из общефилософских посылок его мировоззрения.

К числу этих посылок относился прежде всего философский релятивизм, который, по мнению Моресо, имел две стороны: моральный субъективизм как отрицание абсолютного значения ценностей, которые рассматривались как проявления человеческой эмоциональности; и «эпистемическая осмотрительность» (*epistemic prudence*) как отрицание метафизики в смысле сферы бытия, существующей вне границ человеческого познания. В политической сфере для Кельзена это означало невозможность навязывания воли большинства и приоритета целого перед частями, что послужило основой для длительной полемики с Карлом Шмидтом по вопросу пределов и оснований для конституционного пересмотра законов.

Вместе с тем Моресо указывает на проблемные блоки в связи с обоснованием конституционного надзора в доктрине Кельзена.

Во-первых, отрицание естественного права как критерия для оценки права позитивного ставит под вопрос полномочия конституционных судей, поскольку любая конституция в основном состоит из общих декларативных положений. Оговорка Кельзена о недопустимости ценностных суждений о законах со стороны конституционных судей только затрудняет ситуацию, ведь в отсутствие таких суждений теряет свое содержание сам институт конституционного надзора, а формальный анализ логического соответствия норм законодательства конституции мало что может дать без оценки содержания конституционных норм и принципов. Здесь австрийский правовед, по мнению Моресо, является заложником того самого юснатуралистического мышления, которое так усиленно критиковал. Но различие в терминах (использование термина «конституция» вместо термина «естественное право») не устраниет трудности с нахождением непозитивного критерия для пересмотра законов.

Во-вторых, указанные трудности связаны с разными вариантами в подходе Кельзена к действительности неконституционных законодательных норм. В своих первых работах Кельзен говорит о том, что противоречащие (принятые вопреки) конституции законы изначально не имеют юридической силы, поскольку не вытекают из основной нормы. Но опасность ситуации, когда любой гражданин становится судьей в вопросе конституционности законодательных норм и их применимости к своей ситуации, очевидна, поэтому Кельзен достаточно быстро отказывается от данной позиции. Преобладающим мнением в его зрелых работах является возврзение на неконституционные законы как действительные до момента их судебной отмены (признания неконституционными). Иными словами, неконституционные законы не являются ничтожными (*void*), они лишь оспоримы (*voidable*). Но здесь в связи с доктриной конституционного надзора возникает проблема судебской ошибки, о которой Кельзен ничего определенного не говорит. Он также не проводит различия между правильностью судебного решения (логически корректной интерпретацией соотношения конституции и статьи не-коего закона) и обязывающей силой такого решения (как основанного на организованном принуждении предписания не использовать впредь неконституционный закон и считать его недействительным). А подобное различие может стать

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

важным в тех случаях, когда орган конституционного надзора формулирует разные правовые позиции по тождественным вопросам. Это, как считает докладчик, ведет к наделению конституционных судей дискреционными полномочиями, подрывает иерархическую структуру правовой системы и делает правовое государство «лишь иллюзорным идеалом» без определенного содержания, поскольку непоследовательность, противоречивость решений конституционного суда не может быть ни признаком их недействительности, ни основанием для восстановления юридической силы того закона, который не является конституционным в рамках новой правовой позиции.

Выход из данного теоретического затруднения Моресо видит в более тщательном анализе философского релятивизма, лежащего в основании кельзеновской философии права. Если эпистимическая осмотрительность не имеет прямого воздействия на политику и судопроизводство, то этого нельзя сказать о моральном субъективизме, абсолютизация положений которого ставит под сомнение саму теорию основ конституционного строя. Конституция является правовым закреплением социального консенсуса по базовым ценностям социальной жизни. Поэтому допустимым и даже необходимым является формирование в правовой доктрине иерархии конституционных ценностей, которые могут служить критериями для оценки правомерности отдельных правовых позиций конституционного суда. Расхождения во мнениях касательно содержания ценностных суждений и абстрактных принципов, содержательных пределов прав и свобод возможны и неизбежны, но они не подрывают саму идею прав и свобод. А конституционные суды должны стать площадкой для дискуссий о содержании и иерархии ценностей, вместо того чтобы претендовать на статус оракула, вещающего бесспорные истины о правах и свободах.

Обсуждение соотношения обязательности и действительности правовых норм также составило основной предмет доклада «Ложные аргументы в кельзеновской теории норм?» (*Fallacies in Kelsen's theory of norms?*) профессора Тильбургского университета (Нидерланды) **Берта ван Рурмунда** (*Bert van Roermund*). Рассмотрение данной проблематики Рурмунд начинает с выделения двух аспектов обязательности норм. С одной стороны, речь идет об эмпирической обязательности норм, производной от относительной силы властных решений, что в свою очередь зависит от места издающего норму органа в цепочке иерархического соподчинения органов власти. С другой стороны, можно говорить об эпистимической обязательности, связанной с выведением содержания правовых норм из высшей гипотетической основной нормы и, соответственно, с нахождением места нормы в иерархии норм в зависимости от количества звеньев в цепочке правомочий, идущей от основной нормы. Такого деления нет у самого Кельзена, полагавшего нормативный и государственный порядок единым целым, но докладчик полагает, что рассмотрение чистой теории права в данном ракурсе может помочь разрешить основные методологические трудности, которые заложены в ней.

Вместе с тем основания действительности правовых норм можно пытаться обнаружить либо во властном правомочии, либо в высшей норме должностевания. Понимание обязательности/действительности норм зиждется в кельзеновской философии права на особой пропозициональной логике, где истинность фактов связана с тем, что эти факты образуют объективированное

значение и  
наличие н  
из пропози  
нормативн  
казуемо, в  
ся исходни  
такой про  
правопоря  
не об исти  
ективиров

Такой т  
мого Кель  
циальным  
что он впс  
Австрийск  
быть четко  
должного  
модальной  
нормы и т  
жения сущ  
доказывае  
мативных

Доклад  
ностью но  
норм как т  
ние може  
нуждение  
правил, ус  
новления  
а в совер

Предла  
при толко  
вание мо  
первое бу  
будет зак  
и в этом с  
тика дает  
недействи  
тельной с

Именн  
называет  
ного норм  
правопор  
Судом и /  
постепени  
тенций, ч  
сов — этс

тирует раз-  
ает доклад-  
юмочиями,  
звое госу-  
я, посколь-  
ного суда не  
для восста-  
туционным

более тща-  
лии кельзель-  
ь не имеет  
взя сказать  
ставит под  
я является  
ностям со-  
сся форми-  
й, которые  
правовых по-  
содержан-  
ных преде-  
саму идею  
для дискус-  
ндовать на  
х.

1 правовых  
нты в кель-  
рофессора  
1 (Bert van  
г с выделе-  
дет об эм-  
жилы власт-  
рму органа  
й стороны,  
ыведением  
рмы и, со-  
сности от  
мы. Такого  
эрственныи  
чистой тео-  
иетодологии

ю пытаются  
олженство-  
тся в кель-  
ке, где ис-  
зированное

значение логических предложений, т. е. являются нормами. В конце концов, наличие нормативного порядка в обществе выводится из основной нормы как из пропозиции, содержанием которой является общее описание самого этого нормативного порядка. В этом смысле наличие основной нормы ничем не доказуемо, в том числе и наличием принудительно-властных велений, и является исходной посылкой для нормативного дискурса. Истинность или ложность такой пропозиции не может влиять на действительность (валидность) самого правопорядка, поскольку применительно к действительности норм речь идет не об истинности высказываний, а о существовании фактов, наделенных объективированным значением.

Такой тезис кажется находящимся в прямом противоречии с учением самого Кельзена о цепочке правомочий и иерархии норм, о делении между социальными фактами и нормами долженствования, но Рурмунд показывает, что он вполне может быть выведен из различий в теории норм Кельзена. Австрийский мыслитель смешивал воедино два содержания, которые должны быть четко разграничены: мысленное содержание норм, транслирующее идею должного через понятия, и деонтическое содержание норм, устанавливающее модальность поведения через речевые акты. Предложенное им деление на нормы и нормативные предложения Рурмунд находит неудачным для выражения существования двух рядов обязательности; неудачность этого деления доказывают колебания самого Кельзена касательно обязывающей силы нормативных предложений.

Докладчик предлагает проводить альтернативное деление между обязательностью норм как властной институциональной практикой и действительностью норм как предметом научного исследования. Некое общезначимое предписание может изучаться как право, а не как властная команда или силовое принуждение только при условии предположения об особой нормативной природе правил, устанавливающих права и обязанности. Но сам по себе процесс установления обязывающих норм может и должен изучаться не в аналитической, а в совершенно иной, эмпирической перспективе.

Предлагаемое различие становится очевидным в практической плоскости: при толковании отдельных норм права аналитическое («неаутентичное») толкование может вступить в конфликт с толкованием властным («аутентичным») — первое будет иметь в виду строгую иерархию норм и компетенций, второе будет заключаться во введении через толкование новых норм и компетенций и в этом смысле будет превалировать над аналитическим толкованием. Практика дает немало примеров норм, которые, по мнению правоведов, являются недействительными, но которые поддерживаются и обеспечиваются принудительной силой властей.

Именно этот невыясненный момент в кельзеновской теории норм Рурмунд называет ложным аргументом (*fallacy*), демонстрируя механизм действия данного нормативного конфликта на примере становления общеевропейского правопорядка, где расширительное толкование Еврокомиссией, Европейским Судом и другими органами Евросоюза положений международных договоров постепенно привело к формированию у этих органов более широких компетенций, чем могло содержаться в исходных договорах. Изучение таких процессов — это вопрос изучения властных отношений и соотношения конкурирующих

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

идеологий, а научное описание существующих правовых норм с выстраиванием их иерархии и с подведением ее под некую первичную конституцию (основную норму) — это уже вопрос аналитической юриспруденции.

Вторым вопросом, поднятым в докладе Рурмунда, стало выяснение соотношения между теорией правила признания по Харту и теорией основной нормы по Кельзену. Кельзен всегда был скептически настроен против установления зависимости между признанием нормы субъектами и ее действительностью, против выведения долженствования из акта воли. Но отрицание Кельзеном теории признания основано на ошибочных упрощенных представлениях австрийского мыслителя о сути данной теории. Кроме того, Рурмунд полагает, что Кельзен скрыто вводит в свое чистое учение о праве элементы теории признания.

Речь идет не о сознательном одобрении каждой нормы каждым отдельным субъектом, но об имплицитном признании членами социума некоего правопорядка как «своего», как обязательного для подчинения. Такое признание неизбежно присутствует в любом учении, где субъекты мыслятся как свободные агенты, способные интериоризировать правовые нормы. Как доказывает докладчик, без признания нормы со стороны агента немыслима сама по себе нормативность, само долженствование, которое обращается к лицу. Да и наделение акта воли объективированным значением (что для Кельзена равнозначно созданию нормы) возможно только тогда, когда между адресатом нормы и ее создателем есть молчаливый консенсус касательно этого смысла, т. е. имеет место признание некоторых общих базовых устоев правопорядка.

Итальянский исследователь, профессор юридического факультета Генуэзского университета *Пьерлуиджи Кьяссони* (*Pierluigi Chiassoni*) в своем выступлении рассмотрел вопрос об онтологических основаниях правовой теории Кельзена. Его доклад «Является ли чистая теория права квазипозитивизмом?» (*Is the Pure Theory of Law Quasi-Positivism?*) был посвящен поиску и обсуждению элементов правового реализма в концепции австрийского мыслителя. По мнению Кьяссони, эти элементы всегда подспудно присутствовали в правовых представлениях Кельзена. Они выражались в тенденции к поиску реального права, т. е. права таким, каково оно есть, получив особенно отчетливое выражение в последний период его творчества. Невнимание к этой основополагающей тенденции приводит исследователей к констатации противоречивости позитивистских тезисов Кельзена (нахождению в чистой теории права смеси кантианства и позитивизма в интерпретации Булыгина либо квазипозитивизма как скрытого введения идей естественного права, по мнению Росса). Признавая в последней «скептической» стадии развития философско-правовой концепции австрийского мыслителя сильное влияние реализма, находя отдельные элементы правового реализма на более ранних стадиях такого развития, исследователи творчества Кельзена пытаются объяснить это как непоследовательность, несогласованность чистой теории права, с чем докладчик не соглашается. Кьяссони предлагает взглянуть на правовую теорию Кельзена как на особую разновидность правового позитивизма («венский реализм», к которому докладчик причисляет в первую очередь Кельзена и Адольфа Меркля, наряду с скандинавским, американским, итальянским правовым реализмом), что поз-

К признанию алиизма, Кельзен стремленный и политический и последний не предполагает социальной ской теории, альных фак

Также в том числе и другие, как механические, логически, часть права Кельзена и

Движение казом от вело к открытию между норм семантическим Кельзеном от рассматривает чистых признаний в них включено «в та между и обязанности, следование правоведению гораздо и полагает утверждает права со стороны

Принимается с как если бы с тем они и не содействовали деления и мости от итальянской знания о гристская ческий и реальных

страиванием (основание соотношения нормы тановления тельностью, Кельзеном делениях автод полагает, теории при-

отдельным юго правопризнание как свобододоказывает има по себе Да и надавнозначно нормы и ее т. е. имеет

ета Генуэзском вывой теории гивизмом?» и обсуждеслителя. По в правовых / реального ивое выравнopolагаоречивости права смеси озитивизма а). Призна зовой конц отдельные извития, ис послованик не согла зена как на , к которому яля, наряду им), что позой теории.

К признакам, сближающим чистую теорию права и позиции правового реализма, Кьяссони относит прежде всего отрижение абсолютных ценностей и стремление к построению знания о праве, свободного от ценностных суждений и политических тенденций. При этом докладчик возражает против поверхностного толкования деления между сущим и должноим в концепции Кельзена — последний утверждал различность, разнородность этих двух сфер, но никогда не предполагал их независимости друг от друга, бесспорно признавал влияние социальной действительности на правопорядок, и наоборот. Чистота кельзеновской теории права означает поэтому признание различия правовых норм и социальных фактов, но не возведение непреодолимой стены между ними.

Также важна исходная постановка вопроса, сближающая Кельзена с Холмсом и другими реалистами — отказ от наивного рассмотрения действия права как механического создания и применения норм к квалификации поступков, логически разнесенных по разным категориям. Процесс толкования права, как часть правотворческого и правоприменительного процесса, становится для Кельзена и реалистов центральным звеном в понимании права.

Движение Кельзена к реализму характеризуется его последовательным отказом от взгляда на право как на логически непротиворечивую систему. Это вело к отказу от нормативного значения науки права и к введению деления между нормами и нормативными предложениями (одновременно с признанием семантической неоднозначности таких предложений). В конечном счете, Кельзен отказывается от формального понимания основной нормы и начинает рассматривать эту норму как гипотетическую. Важнейшим признаком реалистической ориентированности доктрины Кельзена докладчик также считает признание существования создаваемых судьями индивидуальных норм, включенных в нормативный правопорядок. Подобные тезисы приводят Кельзена к вполне «реалистическим» выводам о возможности нормативного конфликта между правопорядками, о невозможности прямого выведения правомочий и обязанностей из основной нормы (без посредства индивидуальных норм) и, следовательно, о невозможности для норм права быть прямыми регуляторами поведения. Вопрос о механизме правового регулирования австрийский правовед переносит в сферу эмпирической науки права, которая оказывается гораздо шире простого причинно-следственного объяснения и поэтому, как полагает Кьяссони, вполне совместима с чистой теорией права. Докладчик утверждает, что поиск вариантов «примирения» этих двух перспектив изучения права составлял один из стержневых моментов творчества Кельзена.

Принимая во внимание эти моменты, мы должны, как считает Кьяссони, отказаться от идеи деления правовых теорий на нормативные и реалистические, как если бы речь шла о двух самостоятельных научных направлениях. Вместе с тем они опираются на аналогичные исследовательские приемы и установки и не содержат взаимоисключающих тезисов. Поэтому вместо такого грубого деления методологически предпочтительно ввести категоризацию в зависимости от конкретного содержания теорий. В качестве одного из таких различий итальянский ученый предлагает деление на наивный нормативизм (сведение знания о праве к знанию о содержании норм права), наивный реализм (бихевиористская юриспруденция, изучающая только поведенческие акты), реалистический нормативизм (как сочетание приемов нормативного анализа и изучения реальных механизмов действия права).

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

В своем докладе «Альтернативный характер правовой нормы: Кельзен как сторонник теории отменяемого права?» (*The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasiblelist?*) профессор юридического факультета Оксфордского университета **Ричард Тур** (*Richard Tur*) поставил вопрос о следствиях теории права Кельзена для практического правотворчества и правоприменения в ракурсе разрабатываемой этим английским правоведом проблематики «отменяемых правовых норм» (*defeasible legal norms*), т. е. норм, от применения которых может отказаться судья или иной правоприменитель.

Как и многие докладчики, Тур склонен находить параллели между чистой правовой теорией и установками школы правового реализма, особенно ее американского варианта. В связи с этим особый акцент делается на тех элементах, которые для Кельзена исключают механическое применение норм права при решении судебных дел и ставят судебный процесс в зависимость от субъективных установок судьи, его выбора между применимыми нормами, их толкования и т. п. «Создание права всегда есть применение права» — эту фразу из «Общей теории права и государства» Кельзена Тур выбирает в качестве ключевой посылки для объяснения правогенеза в учении австрийского мыслителя. Спецификой правового регулирования является то, что право само регламентирует процесс своего создания, но положение правоприменителя, чьи компетенции вытекают из базового правомочия основной нормы, не является пассивным. Он всегда играет активную роль в применении, а стало быть, и в создании норм, поскольку определение норм путем выведения их содержания из основной нормы вниз по иерархии никогда не может быть полным. Этую оговорку, которую Кельзен делает во втором издании «Чистой теории права», Тур рассматривает как аргумент против рассмотрения чистой теории права как исключительно аналитической. С этим связано и то, что судья при применении нормы способен создать индивидуальную норму, которая по своему объему может выходить за пределы применяемой общей нормы права и, вполне возможно, по-иному решать данный конкретный казус или даже вводить в правопорядок новое правило поведения.

Это имеет и свою логическую подоснову. Конституция управомочивает законодателя создавать не только те нормы, сущность которых вытекает из самой конституции, но и иные нормы, которые ни прямо, ни косвенно не вытекают из конституции. Судья при решении дела также должен найти применимую норму, а при ее отсутствии — скомбинировать такую норму из элементов других норм, вывести путем расширительного толкования или попросту встать на место законодателя и создать совершенно новый прецедент. Если эта новая индивидуальная норма не соответствует другим нормам этой системы, она, тем не менее, остается в силе до того момента, как будет отменена. Поэтому при построении нормативной иерархии определенность нижестоящих норм выше-стоящими допускается Кельзеном на условиях альтернативности, которые допускают существование норм с различающимся содержанием.

В то же время Кельзен даже в своих поздних работах не оставляет идею единства нормативно-правового порядка и отрицает возможность логического противоречия между нормами одного и того же порядка. Этим посылкам, как может показаться, не соответствует рассмотренный выше тезис об альтернативном характере правовых норм. Но Тур ставит себе задачей показать,

что прот  
двух по  
Так, в сл  
на, мож  
с пробел  
бели в п  
в отнош  
норм да

Поэто  
принцип  
ка, и в эт  
и другие  
ческое ж  
истинно  
лителя в  
тивореч  
в приме  
на прав  
скольку  
который

Разде  
ет, что в  
усмотре  
из прав  
зеркалы  
предста  
*nal discr*  
правоме  
из кельз  
рения, д  
нование  
не имек  
в право  
вольног  
общих н

Докл  
профес  
*rip*) был  
нах. В п  
в програ  
и непри  
мам, не  
воли (гс  
а также  
ное вли  
зациями  
ственны

ельзен как  
*if the Legal*  
и Оксфорд-  
дствах тес-  
именения  
иатики «от-  
именения

ку чистой  
обенно ее  
я тех эле-  
зие норм  
исимость  
и нормами,  
ава» — эту  
рает в ка-  
стрийского  
право само  
именителя,  
ы, не явля-  
яется быть,  
х содержа-  
злым. Эту  
ии права»,  
и права как  
именении  
му объему  
полне воз-  
ть в право-

живает за-  
т из самой  
ытекают из  
имую норм-  
тов других  
тать на ме-  
и новая ин-  
ы; она, тем  
сэтому при-  
орм выше-  
торые до-

иляет идею  
логическо-  
посылкам,  
ис об аль-  
й показать,

что противоречие это лишь мнимое. Речь идет о конфликте в теории Кельзена двух посылок: единства происхождения норм и логического единства норм. Так, в случае отсутствия применимой к делу нормы судья, по мнению Кельзена, может создать новую индивидуальную норму. Но здесь мы имеем дело не с пробелом в праве/законе и его заполнением (Кельзен вообще отрицает пробелы в правопорядке), а с применением судьей «всего правопорядка в целом» в отношении тех случаев, которые не урегулированы ни одной из конкретных норм данного правопорядка.

Поэтому Кельзену удается выйти из противопоставления двух названных принципов — индивидуальная норма оказывается выведенной из правопорядка, и в этом плане (выведения из основной нормы) она также действительна, как и другие нормы правопорядка, созданные в порядке законотворчества. Логическое же противоречие между нормами, по Кельзену, невозможно, поскольку истинность и ложность не являются предикатами норм. Для австрийского мыслителя вопрос здесь стоит не о логическом, а о «морально-политическом» противоречии между принципом правовой определенности и принципом гибкости в применении права. Дворкинская идея «единственного правильного ответа на правовые вопросы» чужда теоретико-правовым построениям Кельзена, поскольку противоречие принципов не является противоречием в правопорядке, который эти принципы в себя не включает.

Разделяя эти посылки теории австрийского правоведа, Ричард Тур отмечает, что вытекающая из такой постановки вопроса проблема границ правового усмотрения имеет несколько ракурсов. Сам принцип усмотрения неустраним из права, поскольку регулируемая правом социальная материя не может быть зеркально отражена в правовых нормах. Опасность правовой определенности представляет не усмотрение как таковое, а произвольное усмотрение (*devotional discretion*), не основанное на компетенции правоприменителя (в отличие от правомерного, делегированного усмотрения — *delegated discretion*). Многие из кельзеновских тезисов согласуются с принципами делегированного усмотрения, даже служат им теоретическим основанием. Но, как полагает Тур, обоснование возможности для судей создавать индивидуальные нормы, которые не имеют прямой связи с общими правовыми нормами, указывает на то, что в правовом учении Кельзена есть и элементы реалистической теории произвольного усмотрения, включающей право судей отказывать в применении тех общих норм, которые они посчитают несовместимыми с правопорядком.

Доклад «Кельзен в скандинавских странах» (*Kelsen in the Nordic countries*) профессора Стокгольмского университета (Швеция) Йесса Бъярупа (*Jes Bjarup*) был посвящен рецепции творчества Ганса Кельзена в скандинавских странах. В первую очередь шведский исследователь отмечает очевидные сходства в программах Кельзена и теоретиков скандинавского правового реализма. Это и неприменимость критериев истинности к моральным, правовым и иным нормам, невозможность выведения действительности правовых предписаний из воли (государства, народа и т. д.), критика естественно-правовой доктрины, а также многие другие аспекты, в которых Кельзен оказал прямое или косвенное влияние на формирование реалистической школы. Вместе с тем между позициями Кельзена и лидеров скандинавского правового реализма есть существенные расхождения, на которых акцентирует свое внимание Бъяруп.

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Прежде всего, это вопрос о соотношении воли и права, где Хэгерстрём и Кельзен, отвергая конструкцию правотворящей воли государства, тем не менее занимают противоположные позиции. Для Кельзена воля детерминирована правом в силу принципа вменения (*Zurechnung*), а акт воли проявляет свое объективированное значение только в соотнесенности с правовой нормой. Хэгерстрём считает такой подход циркулярным и полагает конструируемое Кельзеном «объективированное значение» волевого акта одной из метафизических уловок, заставляющих людей поверить в реальность права и правовых установлений. Первична для Хэгерстрёма именно воля, особая направленность которой создает правовые запреты, образующие основу права и уже в качестве вторичного эффекта оказывающие влияние на человеческую волю и поведение.

По тем же причинам Хэгерстрём отвергает и концепцию основной нормы, рассматривая ее как основанное на кантианском субъективизме метафизическое допущение, не имеющее опоры в реальном мире. По мнению шведского правоведа, для обоснования обязывающей силы права достаточно наличия санкций, психологически принуждающих людей к определенному поведению, а нормы в этом плане оказываются лишь особой формой речевых актов, которые создают эффект причинно-следственной связи между нарушением права и санкцией. Поэтому позитивное право, по Хэгерстрёму, лишено качеств обязательности, принудительности, нормативности — оно является лишь стимулом, что вызывает соответствующие психологические эмоции.

Еще одно отличие касается различий в понимании природы правовых норм. Кельзен понимает норму как суждение о должном поведении в гипотетической ситуации, и поэтому норма не обязательно должна принимать форму императивного повеления. Адресатом таких суждений являются прежде всего правоприменители, в обязанность которых вменено охранение правопорядка. И наоборот, для Хэгерстрёма основу правового воздействия составляют правовые предписания, понимаемые как императивы, вызывающие импульс к выполнению неких действий или к воздержанию от их выполнения. Эти императивы используются властями для создания импульсов к правомерному поведению, подкрепляемых угрозой использования организованной принудительной силы.

Такую позицию разделяет и Оливекрона, выделяющий в правовой норме две составные части: *ideatum* как образец желаемого поведения и *imperatum* как императивную форму выражения воли властующего лица, создающего у подвластных впечатление того, что данный образец поведения обязателен для соблюдения. С этой точки зрения, нормы или «независимые императивы» представляют собой лишь бессмысленные лингвистические конструкции, с помощью которых высказывания властующих лиц формируют эмоции у подвластных. В этой перспективе Оливекрона рассматривал нормативную концепцию права Кельзена как фикцию, а самого Кельзена как фокусника, использующего магические заклинания для создания видимой реальности норм.

Другим методологическим приемом Кельзена было разделение должно и сущего с исключением из права всех элементов фактичности, включая моральные и этические оценки. Это разделение было критически воспринято и Хэгерстрёмом, и Оливекроной, которые категорически не допускали распадения права на две независимые друг от друга сферы и разделения между действительностью права и его применимостью в фактических отношениях. Но

они, по м  
мыслител  
дать прав  
вовых норм  
ностей. В  
вопрос о  
методы в  
и приклад  
в фактиче  
невозмож

Еще од  
признава  
правовед  
основным  
обоими у  
ями. Бьяр  
ной норм  
ляется из  
Она струк  
маркации  
Бьярупу и  
этом наст  
и, следов

Это по  
нормы пр  
ность), ре  
знаки в п  
обоснова  
гических  
Росс об  
Росс под  
зена за ра  
ми устан  
«колоссо  
щью эмпи  
купности  
поведени

Подво  
тов и их р  
что эта ре  
Кельзена  
сущее), н  
ности ми  
о двух ра  
Кельзен и  
поведенч  
методолс  
и фактова

герстрём  
и не ме-  
нирована  
свое объ-  
и. Хэгер-  
эльзеном  
их уловок,  
ювлений.  
Эй созда-  
оричного

и нормы,  
афизиче-  
шведско-  
наличия  
ведению,  
гов, кото-  
ем права  
есть обя-  
ль стиму-

ых норм.  
тической  
императив-  
воприме-  
наоборот,  
з предп-  
нию неких  
ильзуются  
эпляемых

Эй норме  
*preratum*  
идающего  
язателен  
императивы  
ции, с по-  
подвласт-  
онцепцию  
зывающего

должного  
ючая мо-  
испринято  
сали рас-  
ия между  
ениях. Но

они, по мнению Бьярупа, не заметили существенных оговорок австрийского мыслителя применительно к минимуму действенности, которым должно обладать право, а также тезисов, выдвинутых Кельзеном касательно функции правовых норм как причин формирования у людей правовых убеждений и наклонностей. В этом отношении Кельзена и его скандинавских критиков разделяет вопрос о методах правоведения. Для Хэгерстрёма и Оливекроны указанные методы включали в себя как логический и лингвистический анализ норм, так и прикладные (социологические, психологические и т. п.) исследования права в фактических отношениях. Этот методологический синкретизм представлялся невозможным в рамках чистой теории права Кельзена.

Еще один классик скандинавского правового реализма — Альф Росс открыто признавал себя учеником Кельзена, более всего приближаясь к австрийскому правоведу в исходных положениях своей теории. Как и для Кельзена, для Росса основным был вопрос об условиях знания о праве, который рассматривался обоими учеными с неокантианских позиций, хотя и с некоторыми разнотечениями. Бьяруп рассматривает основные возражения Росса против теории основной нормы Кельзена и снимает их как беспричинные — основная норма не является излишним аналогом конституции как высшей нормы правового порядка. Она структурирует знание о праве и является центральной категорией для демаркации границ юридической науки. Позиция Росса при этом представляется Бьярупу непоследовательной: отказываясь от императивной теории, Росс при этом настаивал, что воля государства структурирует порядок правовых норм и, следовательно, образует «системную логику» правопорядка.

Это положение основывается на смешении Россом таких разных признаков нормы права, как действенность (эффективность), действительность (валидность), реальность. Поэтому датскому правоведу, рассматривавшему эти признаки в перспективе влияния правовых норм на поведение судей, не удалось обосновать отделение деонтического знания о праве от социальных, психологических и иных механизмов правового воздействия права в обществе, которые Росс обозначает термином «тотальность влияния». В своих поздних работах Росс подчеркивал эмпирические посылки своей теории права, критикуя Кельзена за разделение сущего и должного в праве. Сближаясь с методологическими установками Хэгерстрёма, Росс называл концепцию австрийского ученого «колоссом на глиняных ногах» за отказ от верификации знания о праве с помощью эмпирических данных, поскольку само право представлялось Россу совокупностью социальных и психологических фактов (или директив), влияющих на поведение людей через воздействие на их идеи, убеждения и установки.

Подводя итог изучению влияния Кельзена на скандинавских правовых реалистов и их реакции на основные посылки чистого учения о праве, Бьяруп указывает, что эта реакция была слишком поверхностной. Основной мотив критики против Кельзена заключался в разделении мира на идеальный и реальный (должное и сущее), но в действительности австрийский философ не предполагал двойственности мира, как его в этом упрекали реалисты. Бьяруп показывает, что речь шла о двух разных перспективах изучения одного и того же мира, и в связи с этим Кельзен неоднократно подчеркивал влияние правовых норм на формирование поведенческих установок, но без свойственного реалистической юриспруденции методологического синкретизма, предполагающего возможность изучения норм и фактов с помощью одних и тех же методов. Немалую роль в формировании

## НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

такого неадекватно скептического отношения к творчеству Кельзена сыграл тот факт, что лидеры скандинавского правового реализма не были знакомы с теми существенными коррективами, которые австрийский правовед внес в свою концепцию во втором издании «Чистой теории о праве».

Одной из центральных проблем кельзеновской теории права была проблематика нормативности права, и именно этой проблематике был посвящен доклад профессора юридического факультета Национального автономного университета Мехико (Мексика) Улисса Шмилля Ордоньеса (*Ulises Schmill Ordóñez*) «Основная норма и концептуальная основа нормативности права» (*The Grundnorm and the conceptual origin of the normativity of law*). В докладе выделяются несколько сущностных признаков основной нормы, к которым Ордоньес относит ее непозитивность (она не является производной от воли того или иного лица), первичность (она не выводится из другой нормы), историчность (она устанавливает правомочие определенного органа в определенном правопорядке), необязательность (она нужна только для теоретического анализа источников действительности других норм), эффективность (степень действенности правопорядка в обществе).

В связи с этими качествами основной нормы Ордоньес выводит следствия, которые заключаются в том, что основная норма — это не собственно норма, а гипотеза действительности правопорядка. Далее докладчик утверждает, что основная норма вводит в правопорядок дуализм между позитивными и «выдуманными» нормами, что ее содержание произвольно в смысле невозможности определения через ссылки к другим нормам правопорядка и/или к социальным, психологическим фактам. А это, в конечном счете, ведет к легитимации (через основную норму) любой исторически первой системы власти (что приравнивается Кельзеном к «конституции»).

Сущность основной нормы Ордоньес видит в особом эпистемологическом приеме, с помощью которого Кельзен интерпретирует властование как производное от первичной правовой нормы. Поэтому начало властных отношений эйдетически связано с основанием правопорядка — это ключевая посылка нормативистской теории права, возникающая в качестве одновременно предмета и продукта юридической науки и, в конце концов, возводимая в ранг системообразующего элемента правопорядка. Здесь Кельзен остается верен кантианской философии. Но его обоснование основной нормы оказывается одновременно и неопровергаемым (его можно опровергнуть, только отвергнув исходные методологические установки нормативной теории права), и круговым (по сути, действительность основной нормы выводится из действительности и действенности правопорядка, базой которого и является эта самая основная норма). Подобный круг в определении основной нормы Ордоньес называет энтилемой — силлогизмом без второй посылки, где в качестве недостающей посылки выступает тезис о легитимности власти и созданного ею правопорядка. Это противоречие Кельзен мог бы, по мнению докладчика, решить через обращение к теории речевых актов Серля и Остина, что позволило бы найти истоки нормативности правопорядка и его норм не в трансцендентальной гипотезе, а в рамках лингвистического анализа нормотворчества.

А. Д. Руди

Лев Петров

4 марта  
верситета  
и современ  
университе  
ско-польск  
обстоятель  
ции было о  
университе  
Петражицк  
ставить в  
ученого, н  
науки.

Данное  
и такой вы  
мя период  
и варшавс  
ность разв  
Часть пред  
и социоло  
правления  
ческому на  
участником

Профес  
ша) в сво  
представи  
научных ди  
логико-ме  
классовых  
ной теори  
к проблем  
мерах, взя  
пренебре

\* Руди  
гражданск

\*\* Тим  
теории и ис