

СУЩНОСТЬ ИДЕИ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА*

С. Л. ПОЛСОН**

ВВЕДЕНИЕ***

Многое в недавних дискуссиях о правовом позитивизме позволяет предположить, что спор вокруг данного понятия затрагивает разграничение между инклюзивным (включающим) и эксклюзивным (исключающим) позитивизмом.¹ В качестве отправного пункта для выделения этих двух видов позитивизма оказывается полезным разделительный принцип.² На наиболее общем уровне данный принцип, как четко указывает Кеннет Эйнар Химма, отрицает, что «существует необходимое частичное совпадение областей права и морали».³ Тем самым принцип разделения противопоставляется принципу моральности, согласно которому существует «необходимое частичное совпадение границ» права и морали, независимо от того, как такое совпадение может объясняться.⁴ Смысл отрицания

* *Paulson S. L. The Very Idea of Positivism.* — Доклад на XXV Всемирном конгрессе Международной ассоциации философии права и социальной философии во Франкфурте-на-Майне (Германия).

** Стенли Л. Полсон — профессор философии и права университета им. Вашингтона в Сент-Луисе (США).

© S. L. Paulson, 2011

Пер. с нем. М. В. Антонова. — Перевод выполнен в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2011 году и при поддержке Фонда академического развития НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург.

© М. В. Антонов, 2011 (перевод)

E-mail: mantonov@hse.ru

*** Выражаю особую благодарность Бонни Личевски-Полсон за ее мудрые советы во всех областях моих исследований творчества Кельзена и благодарность Роберту Алекси за творческие дискуссии и за его любезное гостеприимство в Киле.

¹ См. отличное исследование, где приводится множество аргументов: *Himma K. E. Inclusive Legal Positivism* // Coleman J. et al. (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. Oxford, 2002. P. 125–165. — См. также дальнейший анализ проблематики: *Kramer M. H.* 1) *In Defense of Legal Positivism*. Oxford, 1999; 2) *Where Law and Morality Meet*. Oxford, 2004. — Равным образом стоит упомянуть: *Moreso J. J. In Defense of Inclusive Legal Positivism* // Chiassoni P. (ed.). *The Legal Ought*. Torino, 2001. P. 37–63. — Здесь и далее оформление ссылок следует английскому оригиналу (*Прим. пер.*).

² *Hart H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals* // *Harvard Law Review*. 1957–198. No. 71. P. 593–629; переиздание: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, 1983. P. 49–87 (см. на русском языке: *Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали* // *Правоведение*. 2005. № 5. — *Прим. пер.*).

³ *Himma K. E. Inclusive Legal Positivism*. P. 125.

⁴ Рассматриваемые в общем, особые примеры «непозитивизма» в недавних научных работах не позволяют учесть огромное разнообразие пресловутого «необходимого частичного совпадения границ» между правом и моралью. — См.: *Radbruch G. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* (1st ed. 1946) / trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson //

принципа моральности правовыми позитивистами можно прояснить, как нам говорят, обратившись к разделению между инклюзивным и эксклюзивным правовым позитивизмом. Иными словами, инклюзивный правовой позитивизм оставляет простор для предположения о том, что в данной правовой системе может (или не может) иметься необходимое частичное совпадение границ между правом и моралью,⁵ тогда как эксклюзивный правовой позитивизм не признает саму возможность необходимого частичного совпадения границ.⁶ Оказывается — если на этот раз воспользоваться словами М. Крамера, — что «возможность разделения областей права и морали, противопоставляемая необходимости их разделения, является тем условием, которое [инклюзивные правовые позитивисты] пытаются подчеркнуть».⁷

Можно прийти к более широкой перспективе, включая в поле исследования не только инклюзивный и эксклюзивный позитивизм, но и *непозитивизм*, представленный в форме защиты принципа моральности,⁸ т. е. мнения о том, что *существует* необходимое частичное совпадение границ права и морали.⁹ Очевидно, что любые два из трех обозначенных подходов оказываются в отношении противоположности (контрарности) друг к другу.¹⁰ К примеру, базовые высказывания, выражающие позиции непозитивизма и инклюзивного правового позитивизма, не могут быть одновременно истинными, но они могут быть одновременно ложными — в этом случае базовое высказывание, выражающее позицию эксклюзивного правового позитивизма, будет истинным.

Что бы мы ни говорили о противостоянии инклюзивного и эксклюзивного правового позитивизма, необходимо учитывать, что кто-то защищает правомерность такого разграничения, а кто-то отказывается от инклюзивного правового позитивизма как бесперспективного.¹¹ В любом случае, я считаю нужным утверждать, что фундаментальный водораздел направленный позитивизма проходит в другом месте. Я имею в виду различие между правовым позитивизмом как натурализмом и правовым позитивизмом без

Oxford Journal of Legal Studies. 2006. No. 26. P. 1–11; *Alexy R.* The Argument from Injustice (1st ed. 1992) / trans. by B. L. Paulson, S. L. Paulson. Oxford, 2002 (на русском языке см.: *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011. — Прим. пер.); *Fuller L. L.* The Forms and Limits of Adjudication // Harvard Law Review 1978/1979. No. 92. P. 353–409, переиздано в сокращенном виде: *Fuller L. L.* The Principles of Social Order. 2nd ed. Oxford, 2001. P. 101–139. — См. также сноску 9 ниже.

⁵ Ср.: *Coleman J. L.* The Practice of Principle. Oxford, 2001.

⁶ См.: *Raz J.* 1) The Authority of Law. Oxford, 1979; 2) Ethics in the Public Domain. Oxford, 1994. P. 210–227 et passim.

⁷ *Kramer M. H.* In Defence of Legal Positivism. P. 114.

⁸ Этот общий термин «непозитивизм» употреблен Робертом Алекси в его статье «On the Concept and the Nature of Law» (Ratio Juris. 2008. No. 21. P. 281–299).

⁹ «Необходимое частичное совпадение границ» не обязательно должно мыслиться в рамках формулы, предложенной Радбрухом в послевоенный период. Согласно этой формуле, крайне аморальные нормы не признаются в качестве юридически действительных. Из-за использования подобной формулы правовая теория данного мыслителя может быть определена как естественно-правовая. Правовое учение Канта служит тому хорошим примером. — См. по этому вопросу: *Alexy R.* Die Doppelnatur des Rechts // Der Staat (в печати).

¹⁰ *Alexy R.* On the Concept and the Nature of Law.

¹¹ См. критику этой позиции: *Shapiro S.* Law, Morality, and the Guidance of Conduct // Legal Theory. 2000. No. 6. P. 127–70; *Berteau S.* A Critique of Inclusive-Positivism // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 2007. No. 93. P. 67–81.

натурализма. Позвольте представить каждое из этих двух направлений. Начнем с правового позитивизма как натурализма. По некоторым институциональным по своей природе причинам правовой позитивизм зачастую обсуждался в теоретическом вакууме. Тем не менее существует расхожая презумпция того, что правовой позитивизм связан с «позитивизмом в широком смысле», т. е. с определенной великой философской традицией. Выражаясь современным философским языком, существует связь между правовым позитивизмом и натурализмом. Какого же рода данная связь? В первых двух частях настоящей работы я дам ответ на этот вопрос. В части первой я рассмотрю философию права Джона Остина и буду утверждать, что она вполне вписывается в великую философскую традицию «позитивизма в широком смысле», или, используя предлагаемый мною замещающий термин, в традиции натурализма. Во второй части работы я предлагаю и защищаю тезис о замещении термина «позитивизм в широком смысле» термином «натурализм».

В первой части работы два тезиса представляют особый интерес. При этом второй тезис следует из первого. Мой первый тезис: натурализм Остина — проведенная им двухэтапная «редукция» концепции предположительной нормативности права к фактам (т. е. к привычке и к страху) — является, по утверждению этого автора, *достаточным* для доказательства верности его представлений о природе права. Мой второй тезис, следующий из первого, сводится к следующему: если использованный Остином прием является достаточным, то для объяснения природы права нет потребности в таком тезисе, который бы учитывал условную (контингентную) связь между моралью и правом. Полагаю, что эти два тезиса в своей совокупности имеют немалое значение. Иными словами, если данные тезисы правильны и если философия права Остина является образцом традиционного правового позитивизма, то знаменитый «разделительный принцип» вовсе не обладает контрольным пакетом акций в предприятии правового позитивизма. Скорее разделительный принцип является сопутствующим по отношению к критерию натурализма, которому принадлежит главенствующее место.

Далее, во второй части я займусь заменой «позитивизма в широком смысле» понятием натурализма. Обдумывая данный проект, я полагал, что смогу работать с термином «позитивизм в широком смысле» на тех обширных философских просторах, где нашел свое место правовой позитивизм. Но углубившись в чтение, я избавился от иллюзий касательно данного понятия. Действительно, говорить о «позитивизме в широком смысле» было бы уместно, если я бы писал, скажем, в XIX столетии, когда в Европе прежний «гегелевский настрой» был полностью вытеснен научным позитивизмом. Можно упомянуть здесь, к примеру, Германа фон Гельмгольца, известного как своими новаторскими работами в физике и физиологии, так и попытками перевести кантовскую теорию знания в рамки современной, т. е. «позитивистской», идиомы.¹² Но все это было в середине XIX в.¹³

¹² См., напр.: von *Helmholtz H.* Über das Sehen des Menschen (Кенигсбергская лекция 1855) // *Helmholtz H.* Vorträge und Reden. 2 vols. Braunschweig, 1896. Vol. 1. S. 85–117.

¹³ Гельмут Голщей предлагает замечательную характеристику позитивизма середины XIX в., которую он дает через три элемента: во-первых, вытекающее из наук знание имеет привилегированное значение, а претензии философов на знание ставятся под сомнение; во-вторых, знание действительности (*Wirklichkeitserkenntnis*) ограничено тем, что может быть извлечено из чувственного опыта; и в-третьих, мысль (*Denken*)

Напротив, в современных философских кругах «позитивизм» стал термином, которым злоупотребляют. Юрген Хабермас пишет, что позитивизм в философии опирается на «сциентистские предпосылки»,¹⁴ а Бернард Уильямс утверждает, что «возврат к позитивизму» без детального толкования данного понятия был бы «преступлением против истинности».¹⁵

В наше время именно позитивизм продолжает пользоваться большой популярностью в философских кругах. Уиллард ван Орман Куайн — «отец современного натурализма», по словам одного из авторов,¹⁶ — понимает натурализм как апелляцию к наукам. Куайн говорит нам, что натурализм сводит эпистемологию к «эмпирической психологии».¹⁷ Вместе с тем понимание Куайном натурализма не является единственно возможным. Натурализм больше Куайна, и в немалой степени благодаря той огромной роли, которую этот мыслитель играл в обосновании позитивизма. Взгляды Куайна сегодня служат для характеристики натурализма тем же образом, каким взгляды Давида Юма в свое время считались характерными для позитивизма. Я вернусь к Юму во второй части работы.

Наконец, в третьей части работы я займусь проблемой «правовой позитивизм без натурализма». Здесь основной фигурой является Ганс Кельзен. И хотя этот философ защищает разделительный принцип, его позиция представляет собой полное отвержение натурализма, который, как настаивает Кельзен, является заблуждением. Таким образом, взгляд, согласно которому разделительный принцип является лишь придатком натурализма, с трудом может быть отнесен к Кельзену.

Вывод, который я делаю: Остин и Кельзен представляют два полюса позитивизма — правовой позитивизм как натурализм и правовой позитивизм без натурализма. Занятая Кельзеном позиция опирается на колоссальный материал,¹⁸ и выбранный им стиль мышления, как я полагаю, характерен именно для этого мыслителя. Напротив, вместо Джона Остина мы можем подставить любую другую фигуру из истории правовой мысли.

ЧАСТЬ 1. ДЖОН ОСТИН

Заявление Остина относительно разделительного принципа не случайно находится в *сноске* к тексту пятой лекции — весьма длинной сноске, где Остин тщательно выстраивает позицию для ответа Уильяму Блэкстону: «Сэр Уильям Блэкстон... говорит в своих "Комментариях", что Божественные законы стоят по своей обязывающей силе выше, чем любые другие законы... и что человеческие законы недействительны, если противоречат законам Божественным... Так, он *может* подразумевать здесь, что все

понимается здесь исключительно в терминах «субъективной» функции толкования, выполняемой наряду с расположением в известном порядке данных чувственного опыта (*Holzhey H. Der Neukantianismus // Holzhey H., Röd W. Die Philosophie des ausgehenden 19. und des 20. Jahrhunderts. Teil 2. Neukantianismus, Idealismus, Realismus, Phänomenologie. Munich, 2004. S. 30*).

¹⁴ *Habermas J. Knowledge and Human Interests (1968). Boston, 1971. P. 88.*

¹⁵ *Williams B. Truth and Truthfulness. Princeton, 2002. P. 12.*

¹⁶ *Maddy P. Second Philosophy. A Naturalistic Method. Oxford, 2007. P. 4.*

¹⁷ *Quine W. O. Theories and Things. Cambridge, Mass., 1981.*

¹⁸ По подсчетам Матиаса Иештедта, издателя полного собрания сочинений Ганса Кельзена (*Hans Kelsen Werke. Tübingen, издание начато в 2007 г.*), работы Кельзена насчитывают 17 500 страниц.

человеческие законы должны соответствовать Божественным законам. Если в этом заключается смысл, то я присоединяюсь к такому мнению без колебаний... Но смысл данной фразы Блэкстона, если она вообще имеет какой-то смысл, кажется заключенным в следующем положении: ни один человеческий закон, находящийся в противоречии к Божественному закону, не является обязательным или обязывающим; иными словами, ни один человеческий закон, противоречащий Божественному закону, *не является правом*... Итак, сказать, что не являются обязывающими те человеческие законы, что не соответствуют Божественному закону, означает сказать, что эти законы не являются правом, а это значит говорить полный бред».¹⁹

Под влиянием Харта мы склонны применительно к данной сноске говорить о разделительном принципе. Но истинная сущность позиции Остина, как представляется, состоит в другом. Действительно, в шестой лекции Остин посвящает немало времени сведению доктрины суверенитета к чередованию фактов. Всем известны строки Остина о привычке повиновения: «Высшая власть, которая называется сувереном... отличается... следующими знаками или признаками: 1) *большая часть* данного общества имеет *привычку* слушаться или подчиняться *определенному* и *всеобщему* высшему властителю; 2) определенный индивид или группа индивидов *не имеет привычки* послушания *определенной* человеческой власти».²⁰

Для того чтобы значение апелляции к привычке не скрылось от внимания, Остин несколько раз повторяет в шестой лекции эту мысль.²¹

В этой схеме Остина мы уже видим наработки того центрального положения, который я хочу приписать ему. Если концептуальный аппарат Остина опирается на доктрину суверенитета, и если суверенитет, в свою очередь, сводится к чередованию фактов, к привычке, то, как утверждает Остин, такого хода *достаточно* для того, чтобы объяснить предположительно нормативную материю права. И если такого хода действительно достаточно, то гипотетически здесь нет никакой необходимости апеллировать к морали. Иными словами, тезис о том, что не может быть «необходимого частичного совпадения границ» права и морали, Остин фактически встраивает прямо в свои редукционистские представления о суверенитете. Для сторонников такой теории нет никакой причины обращать внимание на разделительный принцип, поскольку в этой теории он не является независимой теоретической доктриной.

Я скоро вернусь к рассуждениям об Остине, но прежде всего хочу указать на небольшую значимость тех положений, которые я вывожу из его теории. С учетом преобладания разделительного принципа как основополагающего понятия мириада англо-американских концепций, которые были направлены на защиту правового позитивизма за последние пятьдесят лет, отсутствие такого принципа (за исключением одной важной доктрины) в оживленных европейских дебатах о правовом позитивизме, имевших место столетие назад, представляется (по меньшей мере, на

¹⁹ *Austin J. Lectures on Jurisprudence (1863). 5th ed. 2 vols. / ed. R. Campbell. London, 1885. Vol. 1. Lecture V. P. 214–215 (курсив в оригинале).* — См. также: *Austin J. The Province of Jurisprudence Determined (1832) / ed. H. L. A. Hart. London, 1954. Lecture V. P. 184–185 (курсив в оригинале).*

²⁰ *Austin J. 1) Lectures on Jurisprudence. Lecture VI. P. 220 (курсив в оригинале); 2) The Province of Jurisprudence Determined. Lecture VI. P. 193–194.*

²¹ *Austin J. 1) Lectures on Jurisprudence. Lecture VI. Нап.: P. 222, 223–224, 227; 2) The Province of Jurisprudence Determined. Lecture VI. Нап.: P. 195, 198–199, 202–203.*

первый взгляд) загадочным.²² Тем не менее объяснение этого факта очевидно: множество европейских теоретиков права конца XIX в., которых вкуче называют позитивистами, делали тот же самый ход, что знаком нам по Остину. То есть указанные теоретики утверждали, что естественных фактов достаточно для объяснения предположительно нормативной материи права. Поскольку в данном ракурсе мораль не может быть необходимой, то нет причины говорить о ней. Этот ход я обозначаю как натуралистический.

Хорошая иллюстрация тому может быть найдена в творчестве Георга Еллинека, который столетие назад был наиболее влиятельной фигурой в европейской науке государственного права. Его работы на сегодняшний день переведены на все основные индоевропейские языки. В некоторых кругах полагают, что Еллинек является «нормативистом», «неокантианцем». Но если посмотреть на его тексты внимательнее, то ясно видно, что знаменитая доктрина Еллинека о «нормативной силе фактического» сводима без остатка к физиологическим или психологическим моментам. Причем такую редукцию проводит сам Еллинек. Согласно его рассуждениям, «нормативное значение» фактического рассматривается просто как физиологическая или психологическая тенденция к воспроизведению в нашем мозгу того, к чему мы привыкли.²³ А такая позиция гораздо ближе к Давиду Юму, чем к кому-либо из марбургских или баденских неокантианцев.

Здесь я вновь выдвигаю тезис о том, что остиновский натурализм — т. е. ход от предположительно нормативной материи права к чередованию фактов — является стандартной уловкой юридических позитивистов вообще. Хотя мой тезис может показаться вполне очевидным — я был бы только рад, если это так, — речь вовсе не идет об общепринятом мнении. Например: Харт в своей замечательной работе «Позитивизм и разделение права и морали»,²⁴ а потом и в «Понятии права»²⁵ под правовым позитивизмом понимает пять разных доктрин, а именно командную, разделительную, аналитическую теории, доктрину судебных решений как логических выводов, а также некогнитивизм. Первые три теории он приписывает Бенхаму и Остину. Натурализм — доктрина, которую я считаю основополагающей — не фигурирует в списке Харта, равным образом ниоткуда не следует, что она присутствует там хотя бы в имплицитной форме.

Но, как и обещал, возвращаюсь к Остину. Я говорил о том, что весь концептуальный аппарат этого мыслителя опирается на доктрину суверенитета, а суверенитет, в свою очередь, сводится к чередованию фактов. Командная теория Остина, которая имплицитно присутствует в доктрине

²² Как часто бывает в подобных случаях, исключением из правил является Ганс Кельзен. Я вернусь к этому вопросу в третьей части работы.

²³ Еллинек пишет: «Искать основу нормативной силы фактического в осознанной или неосознанной разумности фактов было бы большой ошибкой. Фактическое может быть осознано позднее, но его нормативное значение заложено как составная часть нашей природы; оно опирается на ту силу, за счет которой нечто, к чему мы уже привыкли, нам физиологически или психологически легче воспроизвести, чем нечто новое» (Jellinek G. *Allgemeine Staatslehre*. 2nd ed. Berlin, 1905. S. 330 (см. на русском языке: Еллинек Г. *Общее учение о государстве*. СПб., 2004. — *Прим. пер.*)). Редукция к факту, осуществляемая Еллинеком в данном вопросе, очень эффектно подмечена Михаэлем Штоллейсом: *Stolleis M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*. Munich, 1992. S. 452–453.

²⁴ Hart H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. P. 601 f.

²⁵ Hart H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford, 1994. P. 302, прим. к с. 185 (см. на русском языке: Харт Г. Л. А. *Понятие права*. СПб., 2007. — *Прим. пер.*).

суверенитета,²⁶ может рассматриваться и отдельно от данной доктрины. Остин использует командную теорию для того, чтобы выдвинуть редуктивный аргумент, не похожий на тот, что был обрисован выше применительно к суверенитету. Командная теория в аспекте сочинений Остина может рассматриваться как совокупность трех компонентов: 1) намерение отдающего приказ лица заставить некое лицо вести себя (или воздержаться от действия) особым способом; 2) выражение намерения отдающего приказ лица по отношению к подвластному лицу; 3) важнейший для данной доктрины компонент — власть отдающего приказ лица наложить санкцию за несоответствие поведения подвластного отданной директиве.²⁷ Вместе с тем власть налагать санкции нельзя считать свойством самого отдающего приказ лица. Вполне может случиться, что отдающее приказ лицо, описываемое в теории Остина как имеющее полномочия налагать санкции, не обладает таким полномочием по отношению к некоему конкретному лицу, которому оно адресует свою директиву. Примером является предполагаемая команда одного суверена по отношению к другому. Иными словами, полномочие налагать санкции следует понимать как *отношение* между отдающим приказ лицом и подвластным либо, в более общих терминах, — между вышестоящим и нижестоящим.²⁸ Остин предлагает характеристику такого отношения (мы можем назвать его «властеотношением»), когда пишет: «Термин “верховенство” означает власть: полномочие причинять другим лицам зло и страдание и принуждать их — за счет *страха* перед таким злом — к тому, чтобы вести себя согласно чьим-то пожеланиям».²⁹

Страх, т. е. грубый факт, является здесь рабочим понятием, а рассуждение следует тем же путем, что и прежде. Если используемые Остином «соотнесенные термины» обязанности и санкции могут быть приведены к их корреляту — команде,³⁰ и если команда, в свою очередь, редуцируема к чередованию фактов, особенно к страху подвластного, то такого хода, по Остину, *достаточно* для объяснения предположительно нормативной материи права.³¹ А если такого хода достаточно, то нет нужды в обращении к морали.

²⁶ *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture V.* *Нап.*: P. 177; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture V.* *Нап.*: P. 132.

²⁷ *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture I.* P. 89, 91; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture I.* P. 13–14, 17.

²⁸ *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture I.* P. 96–97; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture I.* P. 24–25.

²⁹ *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture I.* P. 96 (курсив мой); там же на с. 90: «то, чего не бояться, не воспринимается как зло»; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture I.* P. 16, 24 (курсив мой).

³⁰ Касательно «соотнесенности» см.: *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture I.* P. 89, 91–92, 96; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture I.* P. 14, 17–18, 24.

³¹ В нескольких своих работах Харт предлагает обратить внимание на вторичный анализ команды у Остина. А именно — на анализ, начинающийся с определения Остином обязательства как «шанса или вероятности того, что лицу, которому отдана команда воздерживаться от некоего поведения, в случае несоблюдения команды будет причинено зло». Это определение связано через остиновскую доктрину соотнесенности (см. предыдущую сноску) с командой (*Hart H. L. A.* 1) *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer* // *University of Pennsylvania Law Review.* 1956–1957. No. 105. P. 965; 2) *Legal and Moral Obligation* // *Essays in Moral Philosophy* / ed. A. I. Melden. Seattle, 1958. P. 95–99; 3) *The Concept of Law.* P. 282, 290 (сноски к с. 83). Собственно текст Остина о «шансе или вероятности» см.: *Austin J.* 1) *Lectures on Jurisprudence. Lecture I.* P. 90; 2) *The Province of Jurisprudence Determined. Lecture I.* P. 16.

Полезно ненадолго остановиться на рассуждении по поводу понятия страха. Так же как никто не станет утверждать, что сексуальное желание обретается через рассуждение или что оно является продуктом опыта, никто не скажет подобного и о страхе.³² Независимо от того факта, что опыт может сформировать наши ответные реакции в обоих названных случаях, сами эти явления имеют основу, независимую от опыта. Говоря словами Давида Юма, некто имеет природный инстинкт. Упоминание о Юме дает мне повод перейти ко второй части, посвященной вопросу замены термином «натурализм» термина «позитивизм в широком смысле».

ЧАСТЬ 2. ЗАМЕНА ТЕРМИНОМ «НАТУРАЛИЗМ» ТЕРМИНА «ПОЗИТИВИЗМ В ШИРОКОМ СМЫСЛЕ»

Во введении я сказал, что Куайн во имя натурализма призывал нас апеллировать к наукам. Эпистемология становится здесь «эмпирической психологией».³³ Хотя между научными проектами натурализма по Куайну и по Давиду Юму есть большие различия, между ними имеются и сходства. К примеру, многие рассматривают юмовскую теорию человеческой природы в третьей книге «Трактата о человеческой природе» как исследование по моральной психологии. Действительно, один из выдающихся последователей Юма пишет: «По большому счету, теория Юма касательно человеческой природы не является, согласно используемой нами терминологии, философской, но является психологической».³⁴ Знаменитое высказывание Юма — иные скажут: злосчастное — о том, что «**разум является и должен быть рабом страстей**»,³⁵ может рассматриваться в наиболее правильном свете как ответ на ту завышенную роль, которая возложена на разум в рационалистической философии картезианской традиции.³⁶ Юм занимает диаметрально противоположную позицию. Он смотрит вглубь: «Возьмем любое действие, которое может быть допущено в качестве *зла* — к примеру, преднамеренное убийство. Рассмотрим его во всех ракурсах. Поглядим, сумеете ли вы обнаружить сущность или реальное бытие того, что

³² Я взял этот пример из работы Маунса: *Mounce H. O. Hume's Naturalism*. London; New York, 1999. P. 62.

³³ «Эпистемологическим вопросом является вопрос в рамках науки — вопрос о том, как мы, люди, сумели создать науку, имея столь мало исходной информации. Наши специалисты по эпистемологии науки занимаются исследованием этого вопроса... Эволюция и естественный отбор будут, несомненно, фигурировать в научном отчете по этому исследованию; впрочем, такой специалист может применять здесь и физику, если видит, как это сделать» (*Quine W. V. O. Five Milestones of Empiricism* (лекция 1975 г.) // *Quine W. V. O. Theories and Things*. Cambridge, Mass., 1981. P. 72 (точное название: «Things and Their Place in Theories»; см. на русском языке: *Куайн У. В. О. Вещи и их место в теориях* // Аналитическая философия: Становление и развитие (антология). М., 1998. — Прим. пер.).

³⁴ *Penelhum T. Hume's Moral Psychology* // Norton D. F. (ed.), *Cambridge Companion to Hume*. Cambridge, 1993. P. 119. — Пенелхум в этом отношении не одинок. См., напр.: *Fodor J. A. Hume Variations*. Oxford, 2003. P. 1–27 et passim — этот автор предполагает, что натурализм Юма предвосхищает современные исследования в когнитивной науке.

³⁵ *Hume D. A Treatise on Human Nature* (1739–1740). 2nd ed. / ed. P. H. Niddich. Oxford, 1978. Vol. II. P. 415 (см. на русском языке: *Юм Д. Трактат о человеческой природе*. Т. 1–2. М., 1995. — Прим. пер.).

³⁶ *Penelhum T. Hume's Moral Psychology*. P. 119–120, — о чем я здесь и рассуждаю.

называете злом. Как бы вы ни подходили к этому вопросу, вы находите только определенные страсти, мотивы, волеизъявления и мысли. Других сущностей в этом деле нет. Зло полностью недоступно для анализа, пока вы рассматриваете его как объект. Вы никогда его не найдете — до тех пор пока не обратите свою рефлексивность вглубь самого себя и не обнаружите чувство неодобрения, которое возникает в вас по отношению к убийству. Здесь и находится сущность, но это объект для чувства, а не для разума. Она лежит в вас самих, но не в объекте. И когда вы говорите о некоем действии или признаке как о зле, вы подразумеваете не что иное, как то, что, согласно складу вашего существа, в вас присутствует чувство или ощущение порицания, рождающееся от созерцания этого действия».³⁷

Таковыми понятиями — чувство, ощущение, инстинкт, склад чьего-то существа — обладает тот, кто смотрит вглубь. И именно там — как Юм хочет заставить нас поверить — лежит источник наших психологических объяснений.

Подобный взгляд на Юма как на натуралиста оказывается неожиданным для тех, кто привык судить об этом мыслителе по рассказам в учебниках, где Юм представляется продолжателем традиций эмпиризма его предшественников, Локка и Беркли, одновременно признавшим и утверждавшим скептицизм, к которому неизбежно приводят воззрения упомянутых философов. Эмпиризм находит свой источник в чувственном опыте. Позиция скептицизма заключается в том, что верования, проистекающие от чувственного опыта, сами по себе не ведут к обоснованию. Для обоснования требуется обращение к чему-то независимому, но невозможно выйти за пределы чувственного опыта для обращения к чему-то независимому от него в целях обоснования. Результатом такого подхода будет скептицизм.

Такое описание, данное в рамках эксплицитной критики юмовского скептицизма, было оспорено философом Томасом Ридом. Защищая воззрения Юма, Рид утверждал, что чувственный опыт не есть то, «что мы воспринимаем», — скорее это то, «с помощью чего мы воспринимаем».³⁸ Норманн Кемп Смит в своих пионерских работах, написанных столетие назад, и в своем замечательном трактате о Юме, вышедшем в свет семьдесят лет назад, старается максимально следовать ридовской интерпретации Юма. Согласно великолепному замечанию Кемпа Смита, «О Юме пишут так, как если бы он лишь избавил своих предшественников от пут, в которых сам же и остался. Парадоксально странный вердикт!».³⁹ По мнению Кемпа Смита, с которым соглашается большинство последующих исследователей, Юм понимал, что скептицизм имплицитно присутствует в традиционном эмпиризме, и старался найти ему альтернативу. Такая альтернатива — натурализм — была найдена в третьей книге «Трактата о человеческой природе». Фактически, как рассуждает Кемп Смит, лучше всего читать Юма начиная с третьей книги «Трактата», и только после ее прочтения обращаться к чтению первой книги. Обоснованный там скептицизм тогда мог бы правильно толковаться через натурализм Юма.

³⁷ Hume D. A Treatise on Human Nature. Vol. III. P. 468–469 (курсив в оригинале).

³⁸ См.: Reid T. The Works. 8th ed. 2 vols. / ed. W. Hamilton. Edinburgh, 1895. Vol. 1. P. 108, 112, 117, 121 et passim. — Данная в тексте цитата принадлежит Маунсу, который суммирует суть в одном предложении: Mounce H. O. Hume's Naturalism. P. 54. — Философия Рида очень элегантно изложена в работе Лерера: Lehrer K. Thomas Reid. London; New York, 1989.

³⁹ Kemp Smith N. The Philosophy of David Hume. London, 1941. P. 3. — См. также более ранние статьи этого автора: Kemp Smith N. 1) The Naturalism of Hume (I.) // Mind. 1905. No. 14. P. 149–173; 2) The Naturalism of Hume (II.) // Mind. 1905. No. 14. P. 335–347.

ЧАСТЬ 3. ПОЗИТИВИЗМ БЕЗ НАТУРАЛИЗМА.
СЛУЧАЙ КЕЛЬЗЕНА

Если правовой позитивизм как натурализм является отправной точкой позитивизма в праве, то Ганс Кельзен решительно портит шансы этой доктрины на успех. Другие представители правового позитивизма, которых можно считать натуралистами, утверждают, что фактов *достаточно* для объяснения предположительно нормативного материала, и поэтому мораль не может быть необходимой. Но Кельзен не следует такой аргументации. В отличие от других позитивистов, он не утверждает, что предположительно нормативно-правовой материал сводим к фактам. Кельзен отстаивает то, что он называет нормативной философией права.

Нам говорят, что нормативность⁴⁰ является предложенной Кельзенем альтернативной названным теориям. Но в этом и заключается суть проблемы: среди исследователей никогда не было согласия относительно того, что Кельзен подразумевал под нормативностью. Существует целая палитра толкований кельзеновской теории нормативности — от объяснения нормативности через противопоставление фактам⁴¹ до тезиса об «обоснованной нормативности». Этот последний тезис является самой амбициозной попыткой прочтения нормативности в философии права Кельзена. В разных формах такой тезис приписывался Кельзену с использованием разнообразной аргументации как минимум четырьмя ведущими мыслителями: Робертом Алекси, Карлосом Сантьяго Нино, Джозефом Разом и, немного раньше, Альфом Россом.⁴² Насколько я могу судить, каждый из авторов развивал свою позицию (приписывая Кельзену названный тезис) независимо от других. Здесь я буду следовать логике Раза, мнение которого в некоторых отношениях является наиболее ярким примером среди взглядов четырех названных мыслителей. Раз начинает

⁴⁰ Нормативность по нескольким причинам может считаться самостоятельной концепцией. В последних философских работах ей уделяется достаточно большое внимание. — См., напр.: *Raz J. Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason // Ratio*. 1999. No. 12 (N. S.). P. 354–379; опубликована также в: *Normativity / ed. J. Dancy*. Oxford, 2000. P. 34–59; *Millar A. Understanding People. Normativity and Rationalizing Explanation*. Oxford, 2004; *Skorupski J. The Domain of Reasons*. Oxford, 2010. — По вопросу нормативности см. также работу, акцентирующую внимание на Кельзене: *Dreier R. Sein und Sollen // Juristenzeitung*. 1972. No. 27. S. 329–335; опубликована также в: *Dreier R. Recht-Moral-Ideologie*. Frankfurt/M., 1981. S. 217–240.

⁴¹ В обзоре творчества Кельзена Роберт Вальтер пишет, что принудительные системы, особенно правовые системы, должны пониматься так, «как если бы они были нормативными» (*Walter R. Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre // Rechtstheorie*. 1970. No. 1. S. 70 (курсив в оригинале).

⁴² См.: *Alexy R. The Argument from Injustice; Nino C. S. 1) Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1978. No. 64. P. 357–365; опубликована также в: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes / ed. S. L. Paulson, B. Litschewski-Paulson*. Oxford, 1998. P. 253–261; 2) *La validez del Derecho*. Buenos Aires, 1985. P. 7–40 et passim; *Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // American Journal of Jurisprudence*. 1974. No. 19. P. 94–111; опубликована также в: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. P. 47–67 и в: *Raz J. The Authority of Law*. 2nd ed. Oxford, 2009. P. 122–145; *Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1961. No. 4. P. 78–82; опубликована также в: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. P. 159–161 (см. на русском языке: *Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. — *Прим. пер.*).

с противопоставления позиций Харта и Кельзена. Харт является защитником *социальной нормативности*, в рамках которой предполагается, что «нормативность права и обязанность повиноваться праву — это два разных понятия». Совершенно иное понимание нормативности, рассуждает Раз, очевидным образом проявляется в творчестве того, кто признает только «концепцию *обоснованной нормативности*»,⁴³ а именно — у Кельзена. Характеризуя обоснованную нормативность, Раз пишет: «Считать, что право нормативно — значит считать право справедливым и допускать, что ему должно повиноваться. Концепция нормативности права и обязанности повиновения праву аналитически связаны между собой. Поэтому Кельзен рассматривает право как валидное, т. е. как нормативное, только при условии, что должно повиноваться праву».⁴⁴

Разумеется, Раз видит парадоксальность приписывания Кельзену тезиса об обоснованной нормативности — этот тезис ставит Кельзена ближе к естественно-правовой теории, чем к чему-либо из того, что содержится в традиционном или натуралистическом правовом позитивизме. В самом деле, Раз акцентирует наше внимание на этом парадоксе и пишет, что «хотя Кельзен отрицает естественно-правовые теории, он последовательно использует естественно-правовую концепцию нормативности, т. е. концепцию обоснованной нормативности».⁴⁵

Толкователи творчества того или иного философа, разумеется, будут исследовать то, что представляется им наиболее перспективным при прочтении работ данного философа. Это было бы неплохо, но при одном условии. Одобрения заслуживает исследование того, что философ действительно написал, а не навязывание текстам философских работ толкования, взятого, так сказать, «из ниоткуда». Пол Франкс в своей книге о неокантианцах пишет: «Предполагая, что мыслители предшествующих эпох спрашивают нас и отвечают на наши вопросы, мы подвергаемся риску исказить то, что они говорят, и упустить возможность научиться у них — как в позитивном, так и в негативном смысле».⁴⁶

Раз — равно как и Алекси, Нино и Росс — может возразить на это, что он выводит толкование из текста, никак не навязывая этому тексту свое толкование. Такой ответ неплох сам по себе, но ставит другой вопрос — о том, насколько репрезентативны те фразы, которые выбраны Разом и другими интерпретаторами. Как я подробно доказал в другой работе,⁴⁷ выбранные фразы на самом деле не показательны для творчества Кельзена. Как показал Франкс, мы лучше учимся у мыслителей прошлого, если адресуем им те вопросы, которые они сами себе задавали и на которые они сами отвечали.

⁴³ Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Raz J. The Authority of Law. P. 137.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid. P. 144.

⁴⁶ Franks P. W. All or Nothing. Systematicity, Transcendental Arguments, and Scepticism in German Idealism. Cambridge, Mass.; London, 2005. P. 5. — Конечно, эта идея не нова, и я цитирую Франкса постольку, поскольку его утверждения по данному вопросу на удивление ясно выражают данную мысль. — См. по этому вопросу также: Rawls J. Lectures on the History of Political Philosophy. Cambridge, Mass., 2007. P. 251 («При изучении трудов великих мыслителей философской традиции важнейшим представляется установление круга тех проблем, о которых они рассуждали, и понимание того, как они на эти проблемы смотрели, какие вопросы они задавали»).

⁴⁷ Paulson S. L. A «Justified Normativity» Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz // Klatt M. (ed.). Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford, [в печати].

Итак, каково место обоснованной нормативности? Мой ответ: проект Кельзена на протяжении многих десятилетий, во-первых, представлял собой амбициозную и перспективную попытку показать, что натурализм правовой науки конца XIX в. является ошибкой, и, во-вторых, был нацелен на развитие основ альтернативной теории, которая бы обеспечила автономию (*Eigengesetzlichkeit*) права и одновременно чистоту (*Reinheit*) правовой науки. А это, в свою очередь, приводит нас обратно — к вопросу о нормативности. Предложенная Кельзенем альтернатива натурализму делает уступку тезису о нормативности, и это не должно восприниматься как неожиданность. Кельзену нужно было опереться на что-то нормативное по своей сути, иначе у него вообще не было бы никакой альтернативы натурализму. Вместе с тем, в противоположность тезису об обоснованной нормативности, кельзеновский тезис о нормативности является частью его более широкого проекта по созданию альтернативы натурализму. В рамках этого проекта предполагалось сделать науку о праве respectable, подчеркнуть роль ее номологического измерения. Я называю это у Кельзена *номологическим* тезисом о нормативности.

Предложенную Кельзенем альтернативу натурализму можно описать с помощью термина «периферийное вменение». «Вменять» (от лат. *imputare*) означает приводить к осознанию, предписывать, атрибутировать. В немецком тексте Кельзен использует немецкий глагол *zurechnen*, который на английский язык можно перевести глаголом *impute* — не в последнюю очередь потому, что сам Кельзен иногда использует заимствованный глагол *imputieren* вместо *zurechnen* там, где можно было бы ожидать употребления последнего.⁴⁸

У Кельзена есть две доктрины вменения. Первая из них, доктрина центрального вменения, является преимущественно отражением определенной философской традиции, хотя использование центрального вменения у Кельзена далеко не совпадает с традиционным использованием этого термина.⁴⁹ Вторая доктрина — периферийного вменения; эта доктрина является особенностью кельзеновской теории. Обе означенные доктрины предлагают альтернативу причинно-следственному объяснению и по этой причине обладают огромным значением для кельзеновской философии права — доктрина центрального вменения в самых ранних

⁴⁸ Кельзен пишет: «Было бы серьезным недоразумением, если бы кто-то захотел вменить [*imputieren*] данным соображениям [о правовом авторитете административных органов] значимость некоего политического мандата — это было бы максимально возможным ограничением административной деятельности государства (*Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen, 1911. S. 503. — См. там же: S. 138, 194, 209; опубликовано также в: Hans Kelsen Werke / ed. M. Jestaedt. Vol. 2. Tübingen, 2008. S. 650. — См. там же: S. 244, 306, 322. — См. также: Kelsen H. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen, 1911. S. 44.*)»

⁴⁹ Доктрина центрального вменения служит в самых ранних работах Кельзена в качестве «люка аварийного выхода» из натурализма. Позднее он обращается к основной норме, уже очевидной в «*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*» (Tübingen, 1920), а также к кантианской или неокантианской трансцендентальной аргументации. Все эти шаги представляют собой попытку Кельзена заменить доктрину центрального вменения, используемую в качестве «аварийного люка», на что-то более удовлетворительное. Очевидно, центральное вменение присутствует во всем творчестве Кельзена. Наиболее концентрированное обсуждение этих двух доктрин вменения (центрального и периферийного) можно найти в его длинном эссе «*Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*» (*Zeitschrift für öffentliches Recht. 1932. No. 12. S. 481–608; см.: § 1–2. S. 481–504, § 5. S. 525–529, § 7. S. 537–544.*)»

работах Кельзена, доктрина периферийного вменения в его последующих работах. Я остановлюсь на рассмотрении последней — доктрины периферийного вменения, поскольку именно она лежит у Кельзена в основании номологического тезиса о нормативности.

Кельзен утверждает, что периферийное вменение связывает «материальные факты» (*Tatbestände*). Как он объясняет в *Allgemeine Staatslehre*, являющемся ранней формулировкой его доктрины, «периферийное вменение всегда ведет от одного материального факта именно к другому материальному факту». ⁵⁰ Схожее заявление можно найти в первом издании *Reine Rechtslehre*. В конце секции, посвященной доктрине центрального вменения, Кельзен противопоставляет эту доктрину доктрине периферийного вменения. Как он пишет, центральное вменение «является совершенно иной операцией по сравнению с периферийным вменением, где один материальный факт связан с другим материальным фактом в рамках системы; иными словами, там, где два материальных факта связаны между собой в реконструированной правовой норме». ⁵¹

Здесь встают два вопроса. Что именно Кельзен понимает под материальными фактами? И как может быть сформулировано периферийное вменение, связывающее материальные факты? На первый вопрос Кельзен отвечает, используя термины «юридическое условие» и «юридическое последствие». Точнее, он говорит о положении дел, которое считается юридическим условием при определенных обстоятельствах, и (если воспользоваться терминологией Хохфельда) о юридической позиции, которая возникает в качестве юридического следствия. Данная связка кажется достаточно странной, поскольку юридическое последствие, очевидно, не может считаться проявлением материального факта (*Tatbestand*). Скорее в гипотетически сформулированной правовой норме материальный факт относится к разряду antecedentного условия нормы; это условие вводит юридическое последствие через установление (если следовать доктрине Кельзена) юридического состояния ответственности, которое и есть юридическое последствие. А ответственность в праве не понимается как материальный факт.

Тем не менее понимаемые таким образом материальные факты Кельзен группирует для того, чтобы вывести доктрину периферийного вменения. Он пишет, что «если способ связывания *материальных фактов* оказывается причинно-следственным в одном случае, то в другом случае речь будет идти о вменении». ⁵² Более того, Кельзен использует термины «юридическое условие» и «юридическое последствие» наряду с терминами «причина» и «следствие», которые *сопряжены* с теми же самыми упорядочивающими принципами или отношениями, вменением и причинной связью. ⁵³ Так, Кельзен понимает *сопряженные* с юридическими терминами причинно-следственные термины как видовые по отношению к родовому понятию «материальный факт».

Пролить свет на то, как Кельзен расширяет содержание понятия материальных фактов как сопряженных с периферийным вменением, позволяет желание мыслителя ввести максимально близкие параллели с принципом причинной связи. Поскольку Кельзен считает, что материальные факты, бесспорно, сопряжены с идеей причинной связи, он утверждает,

⁵⁰ *Kelsen H. Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925. § 12 (d). S. 65.

⁵¹ *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 1st ed. Leipzig; Vienna, 1934. § 25 (d). S. 57.

⁵² *Ibid.* § 11 (b). S. 22 (курсив мой).

⁵³ *Ibid.* § 11 (b). S. 22–23.

что материальные факты равным образом представляют собой сопряженные термины по отношению к случаю периферийного вменения. Имеет огромное значение то, что Кельзен желает подчеркнуть: необходимое, номологическое или законоподобное отношение в праве протекает параллельно с необходимым, номологическим или законоподобным отношением, очевидно проявляющимся в причинности. Развитие Кельзеном этой параллели является центральной частью его проекта по превращению современной ему правовой науки в нечто научно respectable.⁵⁴ Если можно продемонстрировать, что аспекты базового принципа упорядочения в естественных науках раскрываются *по аналогии* с базовым принципом упорядочения в правовой науке, то проводимая Кельзеном параллель действительно позволяет наделить правовую науку научным статусом.⁵⁵

Теперь я обращаюсь ко второму вопросу, касающемуся формулирования периферийного вменения. Можно предложить следующую формулировку (с условием «и если», которое стоит в скобках и выступает в роли сокращенной отсылки к иным условиям, связанным с правовым процессом):

Формулировка № 1: Если действие некоего типа случается, (и если...), то действующее лицо или его суррогат⁵⁶ несут ответственность за данное действие.

Но такая формулировка исключается в силу выдвигаемого Кельзеном условия о том, что периферийное вменение связывает материальные факты, а последний факт из ряда материальных фактов понимается как ответственность, вмененная за юридическое действие. Принятие формулировки № 1 как раскрытия периферийного вменения означало бы смешение периферийного вменения с центральным.

Альтернативой является «бессубъектный» вариант формулировки № 1, т. е. формулировка, которая не включает в себя предписаний субъекту права.

Формулировка № 2: Если действие некоего типа случается, (и если...), тогда такое действие рассматривается как «налагающее ответственность».

Если не брать в расчет кажущийся противоречащим здравому смыслу характер такой формулировки (к этому аспекту я обращаюсь ниже), то она схватывает сущность периферийного вменения. Допускающая защиту формулировка должна отражать необходимую связь между двумя материальными фактами. А если формулировка связана и с действием, и с ответственностью (ответственность вменяется в отношении действия), то связка действительно необходима. Как пишет Кельзен: «Если существует необходимость некоего абсолютного “долженствования” в тех случаях, когда закон природы связывает причину и следствие, то равным образом есть жесткое “долженствование” там, где закон нормативности (*Rechtsgesetz*) образует синтез обуславливающих и обусловленных материальных

⁵⁴ См.: *Kelsen H. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* Grenzen. S. 1–15 et passim; *Dreier H. 1) Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. 2nd printing. Baden-Baden, 1990. S. 1–15 et passim; 2) Hans Kelsen's Wissenschaftsprogramm // Die Verwaltung. Beiheft 7: Staatsrechtslehre als Wissenschaft / ed. H. Schulze-Fielitz. Berlin, 2007. S. 81–114.*

⁵⁵ Я заимствую данную параллель для последующего обсуждения методологических форм (см. ниже).

⁵⁶ Здесь я использую термин «суррогат», для того чтобы покрыть все варианты ответственности за действия третьих лиц и коллективной ответственности (см. ниже).

фактов. В сфере права или в “правовой действительности”... деликт связывается с наказанием с той же необходимостью, как в сфере природы или “природной действительности” причина связана со следствием». ⁵⁷

Эта фраза кажется близкой к выражению действительной позиции Кельзена, хотя здесь и остается сгладить некоторые мелкие складки. Кельзен не может требовать необходимой связи между деликтом и реальным наложением наказания. Это не имело бы никакого смысла, поскольку (как Кельзен четко объясняет в другой работе) «в естественной системе наказание может не быть применено по той или иной причине». ⁵⁸ Но не наказание, а именно уголовная ответственность (по той же самой логике — также и гражданско-правовая ответственность) фигурирует в рамках необходимой, номологической и законоподобной связи. В наиболее общих терминах можно сказать, что ответственность выполняет в данной формулировке роль второго *сопряженного термина*, второго «материального факта». Отношение ответственности за то действие, за которое она вменяется, есть необходимое отношение. И напротив, реальное наложение наказания в уголовном праве и реальное исполнение судебного решения гражданского права зависят от условий. ⁵⁹

И все же формулировка № 2 кажется противоречащей здравому смыслу — она вменяет ответственность действию, но не действующему лицу. Мы привыкли к различию между индивидуальным и коллективным вменением ответственности. ⁶⁰ В первом случае ответственность вменяется либо действующему лицу, либо в рамках ответственности за действия третьих лиц она вменяется суррогату. Во втором случае ответственность вменяется, к примеру, страховой компании.

Почему же Кельзен ограничивается вменением ответственности в отношении действия, а не действующего лица? Такая ограниченность, как я полагаю, может объясняться тем случайным элементом, который предполагается при определении виновной стороны. В той или иной судебной юрисдикции определение виновной стороны — действующего лица, суррогата или коллективного субъекта — является условным фактором, вопросом правовой политики, а не правовой науки. Данный вывод усиливает позицию Кельзена в части, касающейся утверждения о том, что необходимая связь ограничивается вменением ответственности в отношении действия.

В любом случае, именно это необходимое отношение между действием и ответственностью является сутью того, что я называю тезисом Кельзена о номологической нормативности. Отношение является

⁵⁷ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (предисловие ко 2-му изд. 1923 г.). S. VI–VII (на двух последних строчках кавычки стоят в оригинальном тексте).

⁵⁸ *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 1st ed. § 11 (b). S. 23 f.

⁵⁹ Сделанный здесь вывод можно сравнить с аргументами Харта, направленными против довода Остина о том, что недействительность может выступать в качестве санкции. Харт отвечает, что недействительность и санкция концептуально различаются между собой. В особенности он указывает на то, что недействительность следует с необходимостью из неспособности удовлетворить определенным юридическим условиям (Джонс собирает жениться на Салли, но «брак» будет недействительным, поскольку он уже женат), тогда как реальное наложение санкции подвержено условиям. — См.: *Hart H. L. A. The Concept of Law*. P. 33–5; *Austin J. Lectures on Jurisprudence*. Lecture XXIII. P. 457; *Lecture XXVII*. P. 505 f.

⁶⁰ См.: *Kelsen H.* 1) *Reine Rechtslehre*. 1st ed. § 13. S. 27; 2) *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass., 1945. P. 59, 69–71; 3) *Reine Rechtslehre*. 2nd ed. Vienna, 1960. § 28 (c). S. 125 f.

номологическим, поскольку оно необходимо или законоподобно; оно является нормативным в силу того, что оно не является причинно-следственным. Дальнейшие преобразования понимаемого таким образом вменения имеют место в случаях, когда ответственность приписывается лицу и тем самым запускается механизм уполномочивания правового органа на применение предусмотренной санкции.

Остается только облечь вменение в такую терминологию, которая акцентирует внимание на основаниях тезиса о номологической нормативности. В некоторых аспектах своего творчества Кельзен рассматривает вменение как кантианскую или неокантианскую категорию по аналогии с категорией причинности.⁶¹ Тот трансцендентальный аргумент, что Кельзен приводит в пользу вменения как категории, не является истинным. Если, тем не менее, Кельзен использует категорию вменения в своей философии (как я это описал в настоящей части работы), то не мешало бы задуматься об основаниях этой категории. Я полагаю, что кельзеновскую концепцию периферийного вменения можно понимать как *методологическую форму*, точнее — как методологическую форму, созданную для правовой науки. Данное понятие выведено из работ неокантианца баденской школы Генриха Риккерта, поэтому я начинаю с объяснения методологической формы в понимании этого мыслителя.

В последней главе своего трактата «Предмет познания»⁶² Риккерт выделяет из методологических форм различных основных научных дисциплин несколько категорий объективной действительности — например, категорию постоянства. Основная идея Риккерта заключена в том, что объективная действительность конституируется трансцендентально и потому должна быть четко отграничена от обработки (*Bearbeitung*) материала, данного в этой объективной действительности. Феноменальный мир Канта конституируется посредством категорий действительности, тогда как обработка материала объективной действительности является предметом деятельности основных научных дисциплин. Эти последние укоренены в соответствующих методологических формах. Риккерт приводит пример закономерности (*Gesetzlichkeit*) для демонстрации методологической формы естественных наук.⁶³ Фактически, данный пример может восприниматься как родовое понятие методологических форм естественных наук в целом, поскольку он применим к любой из них.

В «Предмете познания» Риккерт начинает свои рассуждения с рассмотрения конститутивных категорий действительности: «Единственное значение... форм, которые рассматривались в терминах причинности и постоянства, требует, чтобы у них было специальное обозначение, отличающее их как исходные формы и противопоставляющее методологическим формам. Выстраивая выражение “объективная действительность”, мы можем говорить об “объективных формах действительности”. Но мы предпочитаем... термин “конститутивный”. Поскольку указанные

⁶¹ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. 1st ed. § 11 (b). S. 22.

⁶² *Rickert H.* 1) Der Gegenstand der Erkenntnis. 2nd ed. Tübingen; Leipzig, 1904. S. 205–228; 2) Der Gegenstand der Erkenntnis. 6th ed. Tübingen, 1928. S. 401–432 (см. на русском языке: *Риккерт Г.* Введение в трансцендентальную философию. Предмет познания. К., 1904. — *Прим. пер.*). — См. также: *Rickert H.* Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung (1902). 5th ed. Tübingen, 1929. S. 283 f., 373–377 et passim (см. на русском языке: *Риккерт Г.* Границы естественнонаучного образования понятий: Логическое введение в историю науки. СПб., 1997. — *Прим. пер.*).

⁶³ *Rickert H.* Der Gegenstand der Erkenntnis. 6th ed. S. 409 f.

отдельные формы конституируют то, что предполагается в качестве конечного продукта или в качестве действительного материала познания, термин “конститутивный” обозначает именно то, что мы имели в виду. Таким образом, те категории, которые формируют объективный реальный мир из фактически данного материала, следует называть *конститутивными категориями реальности*». ⁶⁴

Те формы, на которые намекает Риккерт, обнаруживают особенности по отношению к каждой из основных научных дисциплин. Упомянув в своем трактате картезианский дуализм, Риккерт пишет: «*Другие* виды дуализма, согласно которым предполагается, что мир состоит из двух взаимоисключающих типов действительности — *мир пространства* и *мир мысли*, — создаются соответственно физикой и психологией, причем каждая из этих двух дисциплин имеет особую методологическую форму». ⁶⁵ Физика имеет собственную методологическую форму, равно как и психология.

Правовая наука также имеет особую методологическую форму, а именно вменение, или, как Кельзен иногда выражается, «закон нормативности». ⁶⁶ Как объясняет мыслитель, оглядываясь на тезисы, которые он защищал в «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*»: «Основной проблемой становится реконструированная правовая норма, понимаемая как выражение особой правомерности, автономии, права, как юридический противовес природным законам (*Naturgesetz*) — это, так сказать, “право закона”, закон нормативности (*Rechtsgesetz*)». Очевидное значение в «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*» имело именно гарантирование *объективности валидности*, без которой не может быть вообще никакой правомерности, не говоря уже о специфической правомерности, об автономии, о праве. Но без выражения данной автономии, без закона нормативности не может быть ни знания о праве, ни правовой науки. Следовательно, это — объективное суждение, а не субъективный императив. «Если взглянуть в противоположном направлении, закон нормативности похож на закон природы в том, что он не предназначен для кого-либо конкретно и действует *вовне* независимо от того, известен ли, признан ли этот закон». Если аналогия между законом нормативности и законом природы имеет достаточно ограниченное значение, то именно ради предотвращения путаницы между этими двумя законами. Целью введения данной аналогии являлся также учет специфики правомерности, автономии, права по сравнению с причинной закономерностью природы. ⁶⁷

Нормативное или ненатуралистическое значение проекта Кельзена, сила его закона нормативности проявляются в контексте номологической правовой науки, которую следует понимать как кельзеновскую альтернативу использованию в правоведении психологизма и натурализма. Особенно

⁶⁴ Ibid. S. 406 f. (кавычки и курсив стоят в оригинале). — Ср.: *Rickert H. Der Gegenstand der Erkenntnis*. 2nd ed. S. 211.

⁶⁵ *Rickert H. Der Gegenstand der Erkenntnis*. 6th ed. S. 424 (курсив в оригинале); см. также: S. 404, 410, 411, 424, 426 et passim. — Ср.: *Rickert H. Der Gegenstand der Erkenntnis*. 2nd ed. S. 208, 210, 217, 221 et passim.

⁶⁶ См. следующую сноску.

⁶⁷ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (предисловие ко 2-му изд. 1923 г.). S. VI–VII (курсив в оригинале). — Кельзеновская цитата в данной цитате взята из работы: *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. S. 395 (данный курсивом термин «вовне» появляется только в самом тексте «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*», но не в цитируемом здесь предисловии). — См. также: *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 1st ed. § 11 (b). S. 21–24.

важным это представляется в ракурсе методологической формы правовой науки — отношения периферийного вменения. Если имеется antecedentное условие, оно является признаком вменения ответственности в отношении к действию, тем самым имеется необходимое отношение. Если же ответственность приписывается некоему лицу, то это является признаком изменения юридического статуса этого лица. Данное изменение, как настаивает Кельзен, является нормативным, но не причинно-следственным.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Пройдя полный круг рассуждений и возвращаясь к предисловию настоящей работы, я хотел бы еще раз взглянуть на различие между инклюзивным и эксклюзивным правовым позитивизмом, с одной стороны, правовым позитивизмом как натурализмом и правовым позитивизмом без натурализма — с другой. Начнем с первого различия: инклюзивный правовой позитивизм восседает на эксклюзивном позитивизме. Это означает, что при рассмотрении любых правовых систем, описываемых с помощью «эксклюзивного» варианта, инклюзивный позитивизм не привносит никакого различия — оба варианта приходят к одному и тому же. Но если обратиться ко второму различию — между правовым позитивизмом как натурализмом и правовым позитивизмом без натурализма, то разница всегда присутствует. То есть характеристика некоей заданной правовой системы через отсылку к правовому позитивизму как натурализму приведет к иному результату, нежели характеристика той же самой системы через отсылку к правовому позитивизму без натурализма.

Кельзен, которого мы считаем защитником правового позитивизма без натурализма, ведет войну сразу на двух фронтах — против естественно-правовой теории и против натурализма. Он дает ответы на двух фронтах, предлагая доктрины, которые в его философии права считаются независимыми; «независимыми» в том смысле, что ни одна из доктрин не является производной от другой. Кельзен отвечает естественно-правовой теории с помощью разделительного принципа, а натурализму — с помощью тезиса о номологической нормативности. Значение этих двух доктрин должно быть четко отграничено от правового позитивизма как натурализма, где разделительный принцип является лишь дополнением к натурализму и где, разумеется, нет никакого тезиса о номологической нормативности.