

¹⁰ Анджей Койдер упоминает следующий очень показательный апокриф, ярко характеризующий правовое сознание Л. И. Петражицкого, его позицию ученого и педагога. Когда после отбытия Петражицким трехмесячного заключения студенты устроили своему любимому профессору овацию и предложили организовать торжество в его честь, профессор ответил, что нарушение закона, даже совершенное из самых благородных побуждений, не может быть поводом для почестей (Цит. по: *Петражицкий Л. И. Теория и политика права. Избранные труды.* С. XXXVIII).

¹¹ Оценка с учетом дополненного и исправленного переиздания 1909–1910 гг.

М. В. Антонов

О МЕТОДОЛОГИЧЕСКИХ ОСНОВАНИЯХ ЧИСТОГО УЧЕНИЯ О ПРАВЕ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА*

Разработка чистого учения о праве – по сути, учения о правовых нормах – была центральной темой творчества Кельзена, хотя и не единственной. Научную программу деидеологизации знания о праве, изучения права как самозаконного регулятивного механизма, разграничения сфер нормативного и фактического, преодоления дуализма права и государства Кельзен обозначил уже в своем первом крупном исследовании 1911 г. «Основные проблемы учения о государственном праве, развитого с точки зрения учения о юридическом правиле» – в этом «критическом исследовании, нацеленном на важнейшие проблемы государственного права»¹. Уже после этой публикации были ясны основные очертания критической программы правового учения Кельзена, направленной на развенчание идеологических догм и предрассудков о праве². Эта задача была главенствующей в его работах 20-х годов³, итогом которых подвело в 1934 г. первое издание «Чистого учения о праве»⁴. С течением времени Кельзен пересматривает отдельные элементы своего учения о праве; наиболее значительными результатами такого пересмотра являются второе издание «Чистого учения о праве» 1960 г.⁵, а также наброски новой теории норм, которые были опубликованы уже после смерти Кельзена, в 1979 г. под названием «Общая теория норм»⁶.

Суть этой научной программы изначально заключалась в последовательном очищении правоведения от элементов фактичности при помощи неокантианского деления между науками о природе и науками о духе, причинно-следственными науками и нормативными (идеографическими)

* Антонов Михаил Валерьевич – доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), кандидат юридических наук, доцент.

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

науками, нормами и ценностями⁷. Основной идеей тут была неокантианская убежденность Кельзена в том, что разные методологические подходы неизбежно приводят к конструированию разных предметов научного исследования – право как предмет юриспруденции, соответственно, содержательно отличен от права как предмета социологии или психологии. Научный метод сам конструирует свой предмет, а различие методологических установок поэтому означает, что ученые из разных областей знания имеют различные предметы знания. А эти предметы, в свою очередь, не имеют точного коррелята в реальной действительности – это лишь научные конструкции, вводящие единство в процесс познания; значения, приписанные предметам со стороны субъекта познания⁸. Не то чтобы Кельзен пытался отрицать фактическое измерение права, либо объявить исследование этого измерения антинаучным – его идея заключалась в создании отдельной прикладной дисциплины, которая занималась бы последовательным описанием права «таким, каково оно есть» с точки зрения специфической методологии юриспруденции.

Эту методологию Кельзен находит в особой связке между фактами, которую устанавливает наука о праве – вменение или приписывание (характерная только для правоведения нормативная гипотеза о связи между неким нарушением правил и последствием, которое должно последовать в силу некой нормы). Вменение связывает между собой два акта человеческого поведения, это – «связь некоторого поведения с правовым последствием через особую систему правовых смыслов»⁹. Собственно нормой (в отличие от факта) является «смысл акта вменения, которым нечто предписывается и, следовательно, которым между фактами впервые устанавливается функциональная связь, описываемая правовым высказыванием (юридическим правилом. – М. А.)»¹⁰. Именно в этом смысле и заключается сущность права. При этом важно, что данный смысл не является некоей трансцендентной вещью в себе, он раскрывается исследователю, юристу в системе права, в правопорядке, который представляет собой единство статического (иерархическое строение) и динамического (система управомочивания) аспектов права¹¹.

С помощью этого приема Кельзен рассчитывал отграничить право от морали и сделать описание нормативной структуры права саморегулируемой за счет особой, свойственной только праву формы выражения нормы – через связку поведенческого акта с условием нормы путем вменения компетентным органам обязанности налагать санкции при наличии предусмотренных нормой обстоятельств. Точно такую установку Кельзен применяет и в отношении государства. Критикуя двустороннюю концепцию государства (как нормативно-социального явления) Г. Еллинека, он пишет: «Воззрение, согласно которому юри-

дический и социолого-психологический подходы выражают только две стороны одного и того же явления, называемого «государство», противоречит фундаментальной эпистемологической установке, согласно которой два разных, несовместимых процесса познания должны привести к появлению двух равным образом различных и несовместимых предметов»¹².

Дисциплину, которая занимается изучением права и государства с точки зрения такой связки между фактами, мыслитель настойчиво называет «учением» (Lehre), подчеркивая ее прикладной характер и противопоставляя ее научным концепциям о сущности, происхождении права (теории или философии права). Речь идет о сугубо инструментальном понимании права, об описании права таким, каким его видят юристы, а не философы (Кельзен любил подчеркивать, что его чистое учение лишь переводит на научный язык то, что о праве думают обычные юристы и то, как они с ним работают¹³), об изучении права в его конкретике, в процессах создания и применения, а не с точки зрения идеалов и идеологий. При этом Кельзен претендует на то, чтобы создать универсальный методологический и концептуальный инструментарий для описания любого правового порядка, независимо от его конкретного содержания. Речь не идет о формализме, как пренебрежении материальным содержанием права – познание права через априорные формы может вести к различным результатам в зависимости от содержания норм конкретного правового порядка; останется неизменной только сама конструкция нормы, с помощью которой описывается данный правопорядок. Предметом юридического познания является мысленно реконструируемый механизм вменения, который объясняет механизм правового нормирования фактических отношений через особый модус долженствования.

Несомненно, Кельзен продолжает установки правового позитивизма XIX в., направленного против естественно-правового взгляда на право. Но его программа намного шире – она ставит под сомнение (но не отрицает¹⁴) любые формы умозрительного теоретизирования о сущности права. Чем рассуждения об идеальной природе права (как выражения справедливости) отличаются от рассуждений о праве как механизме социального контроля или же как психологической проекции? Все эти подходы к праву грешат эссенциализмом, который не подходит для строго прикладной науки о праве¹⁵. Разумеется, сам Кельзен, как и любой другой исследователь, подходит к праву с уже заданной системой представлений о сущности, природе права (в целях юридической реконструкции понимаемого как нормативный порядок принуждения, в общем и целом обладающий действенностью¹⁶). Такая система постигается не интуитивно, а путем рационального познания, путем выдвижения, про-

верки, принятия или опровержения гипотез. Любой исследователь работает, рассуждает об эмпирически данном, наблюдаемом, доступном опытному познанию праве – для позитивиста это также невозможно отрицать. Только для юриспруденции свойственен особый метод такого рационального познания эмпирического материала – изучение права под углом зрения механизма вменения, что вовсе не исключает других углов зрения.

Прием, который предлагал Кельзен, был неоригинален в контексте современного ему правоведения. Он заключался в условном разделении нескольких методов познания права – умозрительного теоретизирования о сути и модусах бытия права (теория и философия права), эмпирического исследования конкретных форм проявления права в социальной жизни путем применения к праву категорий причинно-следственной связи (социология права), выбора и критики идеалов и ориентиров развития права (политика права или правовая идеология), изучения нормативного устройства и механизма правового порядка через категорию вменения как особой формы должностования. Разумеется, водораздел между этими методами условен и никак не совпадает с эмпирическими границами права как фактического социального явления. Своеобразие позиции Кельзена заключается разве что в ригоризме проводимого им деления – в полном абстрагировании этих методов изучения права друг от друга. И именно с этим ригоризмом (а не с целесообразностью обособления и конкретизации разных методов познания права, выделения для этого нескольких научных дисциплин) связана большая часть критики, обращенной против Кельзена. Вопрос здесь, стало быть, в мере, а не в принципе – до какой степени допустима автономизация наук о праве, а не о том, что сугубо догматическое, юридико-техническое описание норм права требует другого методологического и концептуального инструментария, чем, скажем, социологическое исследование относительной эффективности правовых норм.

Здесь Кельзен занял принципиальную позицию. Мыслитель полагал, что эта степень для науки о правовых нормах может быть весьма значительной ввиду вышеописанного нормативного метода вменения, который отличал учение о праве от социологической юриспруденции или от политики права. Другое дело, что Кельзен никогда не предполагал возможности самоизоляции своего чистого учения о праве от данных других наук о праве – это достаточно четко видно хотя бы в том, что бытие права для него связано с минимумом действительности правопорядка, которую возможно установить лишь социологическими методами. Ученый полагал возможным также исследование взаимосвязи между отдельными политическими режимами и эффективностью, гарантированностью право-

вого порядка – чему доказательством его рассуждения о демократии¹⁷. Не мог Кельзен не задумываться и об общественных идеалах (справедливости и пр.), об их влиянии на развитие правовых порядков – этому вопросу он также посвящает объемное исследование¹⁸. И, конечно, этому правоведу не был чужд философские вопросы о сущности права, об его отличиях от других социальных регуляторов, о природе нормативности. Позиция мыслителя относительно автономии учения о праве может быть понята в правильном, а не карикатурном виде, только с учетом положения посылок этого учения в общей системе представлений Кельзена о праве как об особом социальном методе контроля человеческого поведения путем нормированного применения принуждения.

¹ Kelsen H. Autobiographie (1947). S. 37.

² Именно такая критика была основным содержанием «Основных проблем...» 1911 г. Кельзен находил в науке государственного права того времени «ужасную путаницу различных вопросов, постоянное смешение этих вопросов, отождествление вопроса о том, что есть позитивное право, с вопросом о том, каким оно должно быть с той или иной мировоззренческой позиции..., увязывание вопроса о том, как должны действовать субъекты позитивного права, с вопросом о том, как они ведут себя в действительности» (Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. S. 62). Как удачно заметил один из рецензентов кельзеновской работы 1911 г., «в своей сущности она направлена против всего того, что было написано по обсуждаемой проблеме (теории государственного права. – М. А.)» (Caro F. Einleitungssatz // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswissenschaft im Deutschen Reich. 1912. No 36. S. 1928).

³ Помимо цитированных выше основных трудов этого периода можно привести также работу 1922 г. с говорящим названием «Наука о праве и право: защита попытки преодоления догматики права» (Kelsen H. Rechtswissenschaft und Recht: Erledigung eines Versuches zur Überwindung der Rechtsdogmatik // Zeitschrift für öffentliches Recht. 1922. No 3. S. 103–235).

⁴ Kelsen H. Reine Rechtslehre. Leipzig; Wien, 1934.

⁵ Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien, 1960.

⁶ Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979.

⁷ См.: Paulson S. L. Faktum / Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer // Neukantianismus und Rechtsphilosophie / Alexy R. et al. (hrsg.). Baden-Baden, 2002. S. 22–251.

⁸ Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. S. 124.

⁹ Кельзен Г. Чистая теория права. Вып. 1. М., 1987. С. 50.

¹⁰ Там же. С. 53.

¹¹ Стоит отметить, что в поздних работах, особенно в «Общей теории норм» Кельзен отвергает конструкцию статичного правопорядка, считая такую конструкцию некорректной, поскольку она предполагает возможность объективного познания и ранжирования всех норм. Поскольку нормы в процессе применения подвержены индивидуализации, то у них нет объективного содержания, в зависимости от которого их можно было бы расположить в некоей неизменной последовательности. Поэтому научно обосновать можно только динамический правопорядок (Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. S. 201ff.).

¹² Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. S. 109. См. также: Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. S. 6.

¹³ «Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно» (Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1 Aufl. S. 67).

¹⁴ Так, он считает конфликт юснатурализма и юспозитивизма «не простым противостоянием в истории политико-правовых идей, а противостоянием, которое имеет место в сердце каждой мыслящей личности..., которое характеризуется тем, что вслед за периодом позитивизма и эмпиризма повсюду вновь слышится призыв к метафизике» (речь Кельзена на собрании немецких государствоведов 1926 г. – *Kelsen H. Anspruche // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1927. No 3, цит. по: *Paulson S. L. Some Issues in Exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann // Perspectives on Jurisprudence / Wahlgren P. (ed.)*. Stockholm, 2005. P. 277–278).

¹⁵ В своей программной работе 1911 г. он риторически задается вопросом о пользе рассуждений о природе права, которое для него несомненно принадлежит к миру должного: «Как невозможно описать то, что представляет собой мышление или бытие, также не существует определения долженствования» (*Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. S. 86). Должное и Сущее для Кельзена есть не что иное как «общие определения мышления» (*Denkbestimmungen*), которые вводятся априорно и не подлежат доказыванию (*Ibid.*)

¹⁶ Кельзен Г. Чистое учение о праве. Сб. переводов. Вып. 1. § 4.

¹⁷ Например, сборник: *Kelsen H. Verteidigung der Demokratie*. Tübingen, 2006.

¹⁸ Например, работы, представленные в сборнике: *Kelsen H. What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley; Los Angeles, 1957.

Е. В. Тимошина

ДИСКРЕДИТАЦИЯ СУВЕРЕНА: К ПРОБЛЕМЕ ОБОСНОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В ЮРИДИЧЕСКОМ ПОЗИТИВИЗМЕ

Идея абсолютного суверена как базовый концепт классической позитивистской теории являлась непреодолимым препятствием для обоснования правового характера международного права. В классическом «командном» определении, принадлежащем Д. Остину, право – это повеления, или приказы (*command*), издаваемые «политически господствующими людьми (*politicalsuperiors*), выступающими суверенами, то есть лицами, осуществляющими верховное, основанное на подчинении, правление в независимых государствах или независимых политических обществах». Отличительными особенностями «приказа» являются, таким образом, 1) его издание сувереном и 2) угроза санкции за его неисполнение¹.

В рамках остиновской модели предполагается также логическая невозможность ограничения суверена нормами права. Так, Г. Ф. Шершеневич, являвшийся, как известно, последователем «командной» теории права, полагал, что понятие суверенитета верховной власти, являющейся единственным источником права в государстве, абсолютно несовместимо с

¹ Тимошина Елена Владимировна – доцент кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент.