

КНИГА В КНИГЕ: К 130-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ Г. КЕЛЬЗЕНА

Г. Кельзен*

Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве**

[III]** Предисловие

Прошло уже более двух десятилетий с того момента, как я начал развивать чистую теорию права. Чистую в смысле того, что она очищена от всякой политической идеологии, от всех естественнонаучных элементов, что она осознает свою самобытность в силу самозаконности ее предмета. С самого начала моей целью было возвести юриспруденцию, которая зачастую в явной или скрытой форме практически полностью растворяется в политико-правовых рассуждениях, на высоту настоящей науки, на высоту науки о духе. Речь шла о том, чтобы раскрыть те тенденции юриспруденции, что направлены не на описание права, а исключительно на его познание, чтобы поставить результаты такого познания как можно ближе к идеалу любой науки — объективности и точности.

Сегодня я с удовлетворением могу утверждать, что на этом пути я не остался один. Во всех цивилизованных странах, во всех кругах столь разношерстного юридического сословия, у теоретиков и у практиков, равно как и у представителей смежных дисциплин я нашел мотивирующую меня поддержку. Сомкнулся достаточно узкий круг близких по духу исследователей — сомкнулся к тому, что называют моей «школой». О школе может идти речь только в том смысле, что здесь каждый пытается научиться от других, не пренебрегая при этом своим собственным путем. Также немало тех, кто — [IV] не признавая себя сторонниками чистого учения о праве, а частично просто не называя это учение, а иногда прямо и недружелюбно отказываясь от него — заимствовал его существенные положения. Последним я особенно благодарен. Ведь они лучше самых преданных сподвижников доказывают, хотя бы и против своей воли, применимость моего учения.

* Кельзен Ханс (1881–1973) — известнейший правовед XX века, основоположник нормативизма в философии права. — *Прим. пер.*

** *Kelsen H. Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.* Leipzig; Wien, 1934.

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

*** Здесь и далее цифра в квадратных скобках означает номер страницы в оригинальной немецкой публикации 1934 г. — *Прим. пер.*

Но мои противники, наряду с признанием и подражанием, оказали мне противостояние, ожесточенности которого в истории науки о праве трудно найти примеры. Причины такого противостояния никак не объясняются содержательными противоречиями, которые служили поводом к возражениям. Такие противоречия частично основывались на недоразумениях, которые зачастую не кажутся случайными и которые (там, где они действительно есть) редко могут служить оправданием ожесточению моих противников. Ведь та теория, против которой они борются, совсем не является чем-то неслыханно новым и стоящим в оппозиции всем иным теориям. Моя теория может пониматься как продолжение тех установок, которые заявляли о себе еще в позитивистской науке о праве XIX в. От этого направления происходят и мои противники. Не то чтобы я призывал современную юриспруденцию к полной смене направлений, — скорее, я призываю ее выбрать одно из тех направлений, между которыми она неуверенно колеблется. Поэтому не столько новизна, сколько последовательность моего учения вызывает переполох в научной литературе. Уже одно это позволяет предполагать, что в борьбе против чистого учения о праве действуют не только научные, но и политические мотивы, имеющие яркую эмоциональную окраску. [V] Вопрос о выборе между наукой о природе и наукой о духе не может так распалать чувства, поскольку разделение между ними воспринимается практически без возражений. Здесь речь может идти только о том, что наука о праве — эта провинция, отдаленная от центров духовного развития, — слишком долго не решалась последовать за прогрессом науки и вступить в непосредственный контакт с общим развитием научного знания. В действительности борьба идет даже не по вопросу о месте юриспруденции в научном знании и о связанных с этим следствиях, как могло бы показаться, — борьба идет по вопросу об отношении науки о праве к политике, о четком отделении одной от другой, об отказе от глубоко укоренившейся привычки путем обращения к некой объективной инстанции оправдывать от имени науки о праве те политические требования, которые не могут не иметь в высшей степени субъективного характера даже тогда, когда они совершенно искренне выступают как религиозный, национальный или классовый идеал.

В этом и заключается основание той граничащей с ненавистью оппозиции против чистого учения о праве, скрытый подтекст борьбы, ведущейся против этого учения с использованием всех доступных средств. Ведь вопрос затрагивает жизненно важные интересы общества и не в последнюю очередь также корпоративные интересы юристов. Юристы лишь с большой неохотой отказываются от того, чтобы верить и заставлять других верить в то, что с помощью науки о праве они узнают, как «правильно» разрешить конфликт интересов в обществе. Юристам трудно отказаться от иллюзии о том, что в силу того, что они призваны к познанию права, они также призваны к содержательному описанию права, что в [VI] своем стремлении оказать влияние на процессы правотворчества юристы более подобны политикам, чем просто лицам, выполняющим в обществе техническую работу.

С учетом того (даже лишь негативного) политического результата, к которому приводит требуемое разделение права и политики, с учетом самоограничения науки о праве, которое некоторые считают принижением в ранге, становится понятным, почему у противников чистой теории права, выдвигающей

подобные требования, так мало желая воздать ей должное. Чтобы вступить в борьбу с этой теорией, совсем не обязательно признавать ее истинную сущность. Так и происходит — односторонние аргументы выдвигаются не против чистого учения о праве, а против того ложного образа, который согласно своим потребностям слепили противники, тем самым делая излишним опровержение этого учения. Наше учение якобы совершенно бессодержательно, это пустая игра понятий — так полагают одни; содержание нашего учения по причине своих разрушительных тенденций представляет настоящую опасность для существующего государства и его права — так предостерегают другие. Чистое учение о праве держится в стороне от любой политики, оно отдаляется от пульсирующей жизни и поэтому с научной точки зрения лишено ценности — это часто встречающееся возражение, которое выдвигается против данного учения. Но не менее часто можно услышать и следующее: чистое учение о праве совершенно не в состоянии выполнить свое основное методологическое требование и само по себе оказывается выражением известных политических предпочтений. Но каких? Фашисты разоблачают это учение как демократический либерализм, либералы или социал-демократы считают его предвестником фашизма. Со стороны коммунистов [VII] чистое учение о праве дисквалифицируется как идеология капиталистического этатизма, со стороны националистов и капиталистов — либо как яркий большевизм, либо как скрытый анархизм. Многие уверяют, что по своему духу наше учение близко к католической схоластике, другие полагают возможным найти в нем характерные признаки протестантского учения о государстве и праве. Нет недостатка и в тех, кто клеймит наше учение как атеистическое. Короче говоря, нет такого политического направления, в принадлежности к которому еще не было заподозрено чистое учение о праве. Но это как раз доказывает (и делает это лучше, чем сама наша теория) ее чистоту.

Связанный с этим методологический постулат научной чистоты не может обсуждаться всерьез теми, кто вообще допускает существование науки о праве. Под сомнение может быть поставлено лишь то, до какого предела осуществима эта цель. При этом, разумеется, нельзя пренебрегать очень поучительным различием, которое именно в этой точке проходит между естественными и социальными науками. Нельзя сказать, что естественные науки вообще не опасны в плане попыток политических интересов повлиять на такие науки. История доказывает обратное и достаточно четко показывает, что великие политические силы ощущали опасность даже при постановке вопроса об истинности теории хода небесных светил. Если естественные науки успешно проводят линию своей независимости от политики, то потому, что в этом задействован еще более могучий социальный интерес — интерес к развитию техники, которое может быть гарантировано только через свободу научного исследования. Но в социальной теории нельзя провести прямой [VIII] и очевидной линии к некоему неоспоримому преимуществу, которое обеспечивало бы прогрессивное развитие социальной техники, — такой линии, которая ведет от физики или химии к достижениям машиностроения или медицинской терапии. К социальным наукам, не в последнюю очередь по причине неразвитого состояния этих наук, распространено противоположное отношение — как к некоей социальной силе, которая может противостоять могучим интересам, которая может предоставить в распоряжение как власть имущих, так и ищущих власти соответствующую

их пожеланиям теорию. Иными словами, к социальным наукам относятся как к социальной идеологии. В особенности в наше время, которое поистине вышло из хода времен по причине Мировой войны и ее следствий; в ситуации, когда полностью расшатаны основы социальной жизни и поэтому чрезвычайно обостряются противоречия как между государствами, так и внутри государств. Идеал объективной науки о праве и государстве может рассчитывать на общее признание только в период социального равновесия. Поэтому наука о праве, которая хочет сохранить свою чистоту, сегодня представляется совершенно несвоевременной. Пожалуй, нет такой власти, которой бы не были готовы предложить свои услуги другие направления науки о праве; уже никто не стесняется громко и публично призывать к политической науке о праве и требовать для такой науки титул «чистой», как если бы добродетелью было то, что может извинить только крайне бедственное положение.

Если я все же смею в такое время собрать результаты моих предшествующих трудов по правовым проблемам, то только с надеждой, что ряды тех, кто дух ценит выше, чем власть, сегодня многочисленнее, чем могло бы показаться. Это делается также с пожеланием того, чтобы молодое поколение в ужасной суматохе нашего времени не осталось бы совсем без веры в свободную науку о праве, и в твердом убеждении, что плоды данной работы не пропадут для отдаленного будущего.

Женева, май 1934 г.

[1] I. Право и природа

1. «Чистота»

Чистое учение о праве является теорией позитивного права. Теорией просто позитивного права, а не некоего особого правового порядка. Данное учение является общим, оно не толкует конкретные правовые нормы государства или международные нормы.

В качестве теории чистое учение о праве стремится только и исключительно к познанию своего предмета. Чистое учение о праве пытается ответить на вопрос о том, что есть право и каково оно, но не на вопрос о том, каким должно быть право, или о том, какое право должно быть создано. Это — наука о праве, а не политика права.

Чистое учение о праве называется «чистым» в силу того, что оно занимается только знанием, направленным на право, и стремится очистить такое знание от всего того, что не является предметом этого учения. Это означает, что чистое учение о праве стремится очистить науку о праве от чуждых ей элементов. Тут лежит основной методологический принцип данного учения. Может показаться, что все это самоочевидно. Но если бросить взгляд на традиционную науку о праве в том виде, в котором она развивалась в XIX и XX вв., то четко видно, насколько далеко эта традиционная наука о праве отстоит от принципа чистоты. Юриспруденция совершенно некритично смешала себя с психологией и биологией, с этикой и теологией. Сегодня практически не существует ни одной специальной научной дисциплины, [2] в рамки которой не гнушается вторгаться наука о праве. Теоретик права полагает, что именно путем заимствований

у других научных дисциплин он сможет поднять свой научный авторитет. Но при этом, естественно, теряется истинная наука о праве.

2. Естественный факт (акт) и значение

Чистое учение о праве пытается четко отграничить предмет своего познания по двум направлениям, где самостоятельности науки о праве угрожает господствующий методологический синкретизм. Право есть социальное явление, а общество по сравнению с природой — совершенно иной предмет, поскольку его элементы соединены между собой совершенно иным образом. Если наука о праве не должна раствориться в науке о природе, то и право, очевидно, должно быть резко отграничено от природы. Но это очень трудно сделать, поскольку право — или то, что принято называть этим словом, — по крайней мере одной из сторон своего существа относится к области природы, и поэтому, как кажется, право влачит полностью природное существование. Так, если мы рассмотрим некие фактические обстоятельства, называемые правом, например, голосование в парламенте, административный акт, судебное решение, сделку или правонарушение, то в них можно различить два элемента: с одной стороны, происходящий в пространстве и времени, чувственно воспринимаемый акт, событие — по большей части человеческое поведение; с другой стороны, внутренне присущий или свойственный такому акту или такому событию смысл — его специфическое значение. В зале собираются люди, произносят речи, одни поднимаются [3] со своих мест, а другие нет; таковы выраженные вовне события. Смысл таких событий — принятие закона. Некий человек, одетый в мантию, с возвышения говорит одному из стоящих перед ним людей определенные слова. Это выраженное вовне событие означает судебный приговор. Один торговец пишет другому письмо определенного содержания, на которое тот отвечает письмом-акцептом; это означает, что они заключили договор. Некто причиняет некими своими действиями смерть кому-либо другому; юридически это означает убийство.

3. Самоистолкование социального материала (субъективный и объективный смысл)

Это «значение» акта нельзя рассмотреть и воспринять как некий факт, так же как мы воспринимаем физические свойства и функции предмета, например его цвет, твердость, вес. Хотя, конечно, данный акт — в той мере, в которой он выражен в письменной или устной речи, — сам может указать на свое значение, выявить свой собственный смысл. В этом заключается своеобразие того материала, который является предметом социального и особенно юридического познания. Растение ничего о себе не может поведать исследователю, который научно изучает это растение. Это растение не делает даже попытки объяснить себя с научной точки зрения. Но социальный акт вполне может осуществить самоистолкование, т. е. высказаться о том, что он означает. Ведь совершающее этот акт лицо связывает с актом некий определенный [4] смысл, что выражен тем или иным способом и что будет понят другими лицами, к которым данный акт обращен. Люди, собравшиеся в парламенте, могут намеренно объявить, что принимают закон; два человека могут выразить намерение заключить

юридическую сделку. Познание, направленное на постижение права, иногда сталкивается с самоистолкованием материала, предшествующим тому истолкованию, которое должно осуществляться наукой о праве.

Отсюда появляется необходимость различать субъективный и объективный смысл некоего акта. Субъективный смысл может, но не должен совпадать с объективным смыслом, который данному акту приписывается в системе всех правовых актов, т. е. в правовой системе. То, что делал знаменитый капитан из Кёпеника,¹ было актом, по своему субъективному смыслу представлявшим собой административный приказ. Объективно же таковым данный акт не был, представляя собой правонарушение. Некая тайная организация, ставящая себе целью избавить родную страну от вредных элементов, приговаривает к смерти человека, которого эта организация считает предателем, и руками преданного члена этой организации приводит в исполнение то, что она субъективно считает и называет смертным приговором. Однако объективно, т. е. в системе объективного права, происшедшее есть не исполнение смертного приговора, но политическое убийство, пусть даже фактические обстоятельства произошедшего ничем не отличались от исполнения смертного приговора.

4. Норма как схема истолкования

Эти внешние фактические обстоятельства во всех случаях — поскольку они всегда протекают в пространстве и времени и суть чувственно воспринимаемые явления — представляют собой часть природы и в качестве таковой определяются законом [5] причинности. Однако эти явления как таковые, как элемент природной системы не составляют предмета специфически юридического познания и вообще не относятся к праву. Эти события становятся правовыми (или противоправными) актами не за счет их фактичности, не за счет их природного (т. е. причинно-следственного) бытия, включенного в природную систему, а за счет объективного смысла, связанного с этими актами, за счет значения, которым обладают данные события. Соответствующие фактические обстоятельства обретают особый юридический смысл, свое собственное правовое значение посредством некоторой нормы, которая по содержанию соотносится с этими обстоятельствами, наделяет их правовым значением, так что акт может быть истолкован согласно этой норме. Норма функционирует в качестве схемы истолкования. Она порождается через правовой акт, а этот акт, в свою очередь, получает свое значение от другой нормы. Если некий факт есть исполнение смертного приговора, а не убийство, то это недоступное восприятию качество обнаруживается только в результате мыслительного процесса: при сопоставлении с уголовным кодексом и с уголовно-процессуальным порядком. То, что упомянутый обмен письмами означает заключение договора, следует единственно и исключительно из того, что данные фактические обстоятельства

¹ Речь идет об аферисте начала XX в. Фридрихе Фойгте, который прославился тем, что 16 октября 1906 г. путем обмана на несколько часов захватил власть в свободном немецком городе Кёпенике, прибыв в город в костюме капитана прусской армии и уверив жителей города в том, что он действует по поручению прусского кайзера, после чего скрылся, прихватив городскую казну из ратуши. — Прим. пер.

соответствуют условиям, определенным в гражданском кодексе. То, что некое собрание людей есть парламент, результатом деятельности которого является принятие некоего закона (иными словами, что данные события обладают этим «значением»), означает, что этот факт в целом соответствует определенным предписаниям конституции. Это означает, что содержание некоего фактического события согласуется с содержанием некой заранее установленной нормы.

[6] 5. Норма как акт и как смысловое содержание

Познание права направлено только на те нормы, которые придают характер права (или «неправа») определенным актам и которые создаются через подобные акты. При этом стоит отметить, что нормы в качестве особого смыслового содержания представляют собой нечто иное, чем психический акт, посредством которого выражаются воля и представление об этих нормах. Необходимо четко различать волю к норме и представление о норме, с одной стороны, и саму норму, которая является предметом воли или представления, — с другой. Когда мы говорим о «создании» некоей нормы, то под этим имеются в виду некие фактические процессы, смысловым содержанием которых является эта норма. Чистое учение о праве не направлено на какие-либо психические процессы или физические действия, когда оно познает право и когда оно пытается осмыслить нечто как правовое. Осмыслять нечто как право — это и ничто иное может называться осмыслением правового. Мы приходим к тавтологическому утверждению, когда выдвигаем тезис о том, что только правовые нормы могут образовывать предмет правового познания. Ведь право, которое является единственным предметом правового познания, есть норма. Но норма есть такая категория, которая не находит никакого применения в области природы. Когда некий природный акт характеризуется как правовое событие, это означает утверждение такого действия нормы, содержание которого находится в определенном соответствии с фактическим явлением. Когда судья считает доказанным некий факт (как правонарушение), то его познание направлено прежде всего только на некое природное бытие. Но юридическим его познание станет [7] с того момента, когда он соотнесет установленный им факт с применяемым законом и тем самым будет истолковывать этот факт как «кражу» или «обман». Такое истолкование судья может дать, только если содержание данного факта особым образом признается содержанием некоей нормы. При этом следует отметить, что деятельность судьи никоим образом не исчерпывается актом познания — такой акт лишь предваряет акт воли, через который будет введена индивидуальная норма судебного приговора.

6. Действие и пределы действия нормы

Когда выше мы говорили о «действии» нормы, то этим изначально выражалось не что иное, как специфический модус бытия нормы, особый акт, которым создана норма — в отличие от бытия природной действительности, которое протекает в пространстве и времени. Норма как таковая (ее не нужно смешивать с тем актом, через который она создается) находится вне пространства и времени, поскольку она не является природным фактом. Но возможное

содержание нормы — то же, что и возможное содержание фактического явления, поскольку норма через свое содержание соотнесена с этим фактическим явлением (прежде всего с человеческим поведением). Поэтому в содержании нормы следует определить то пространство и то время, в которых должно осуществиться предписанное нормой определенное человеческое поведение. Действительность норм, регулирующих человеческое поведение вообще, и действительность правовых норм в особенности есть пространственно-временная действительность, так как содержание этих норм составляют заданные в пространстве и времени события. [8] То, что норма действительна, всегда означает, что она действительна для некоторого времени и для некоторого места, что она относится к событиям, которые могут происходить только в том или ином месте в то или иное время.

Соотнесение нормы с временем и местом указывает на пространственно-временную сферу действительности нормы. Эта сфера действительности может быть ограниченной, но она также может быть и неограниченной. Норма может быть действительной только для определенного этой или иной нормой места и только для определенного времени, т. е. регулировать события только в пределах определенного времени и пространства. По своему смыслу норма также может быть действительной всегда и повсюду, т. е. относиться к событиям независимо от того, где и когда они происходят. Таков ее смысл, если она не содержит в себе особых пространственных или временных условий своей действительности. В этом случае норма не будет вневременной и непространственной — просто она будет действовать не для какого-то определенного времени и места, и пространственно-временная сфера ее действительности не будет ограничена.

Наряду с пространственной и временной сферами можно выделить также содержательную (или материальную) сферу действительности норм — если мы примем во внимание различные предметы, подлежащие нормированию различные направления человеческого поведения (религиозное, экономическое, политическое поведение и т. д.). Если мы зададимся вопросом о людях, чье поведение является объектом регулирования, то можно разделить нормы согласно сферам действительности, определенным по персональному признаку. Материальная сфера действительности равным образом может быть ограниченной или неограниченной — в том смысле, что [9] некая определенная (т. е. определенным образом созданная и принадлежащая к определенному порядку) норма согласно своему содержанию может действовать по отношению к любому предмету либо распространять свое действие только на определенные предметы; например, когда согласно конституции некоего федеративного государства разграничиваются сферы действительности норм федерации и норм субъектов федерации, которые вместе образуют один порядок. То же самое касается личной сферы действительности. Так, нормы универсальной морали распространяются на всех без исключения людей, а это значит, что данные нормы имеют неограниченную личную сферу действительности, тогда как определенные нормы обязывают или управомочивают только известные категории людей, т. е. имеют ограниченную личную сферу действительности.

7. Познание правовых норм и социология права

Если определять право как норму, а науку о праве (которая относится к числу разнообразных функций правотворческих и правоприменительных органов) ограничивать только познанием норм, то право мы противопоставляем природе, а науку о праве (как науку о нормах) отграничиваем от всех других наук, целью которых является причинно-следственное объяснение природных событий. Особенно это касается той науки, которая ставит своей целью исследование причин и действия тех естественных событий, которые предстают как правовые акты, истолкованные в правовых нормах. Нельзя ничего возразить против обозначения такого исследования как социологии, точнее, как социологии права. Здесь мы не будем далее рассуждать о шансах [10] или о ценности социологии права. Стоит отметить только одно: такое социолого-правовое познание не имеет дело с правовыми нормами как с особыми смысловыми содержаниями. Оно имеет дело с определенными событиями, безотносительно к нормам, признаваемым действительными или же заранее установленными. Социология права соотносит исследуемые ею факты не с действительными нормами, а с другими фактами бытия, рассматривая эти факты как находящиеся в отношении причины и следствия. Эта научная дисциплина задается вопросом о причинах, вследствие которых некий законодатель создал именно такие, а не иные нормы, о том, какое действие будут иметь предписания законодателя. Она задается вопросом о том, каким образом экономические факты и религиозные представления фактически влияют на деятельность судов, по каким мотивам люди соотнобразовывают или не соотнобразовывают свое поведение с правовым порядком. Право для такого исследования выступает только как бытийный факт, как фактичность в сознании применяющих, соблюдающих или нарушающих правовые нормы людей. Тем самым предметом данного изучения будет не право как таковое, а определенные параллельные явления в природе. Подобным образом физиология изучает химические или физические процессы, под условием которых или в сопровождении которых возникают те или иные чувства, но не изучает сами эти чувства, поскольку они — как психологические явления — не могут быть поняты через химические или физические исследования. Чистое учение о праве как особая наука о праве обращает свое внимание на правовые нормы, а не на факты сознания, не на волю или представление, направленные на правовые нормы. [11] Предметом являются сами правовые нормы как желательное или представляемое смысловое содержание. Чистое учение о праве изучает те или иные факты только постольку, поскольку они являются содержанием правовых норм, т. е. определяются через правовые нормы. Проблематикой этого учения является самозаконность данной смысловой сферы.

[12] II. Право и мораль

8. Право и справедливость

Поскольку чистое учение о праве отграничивает право от природы, то это учение ищет ту грань, которая отделяет природу от духа. Наука о праве есть наука о духе, но не наука о природе. Можно спорить о том, совпадает ли граница

между природой и духом с границей между реальностью и ценностью, между сущим и должным, между причинной закономерностью и нормой; о том, является ли область духа более обширной, чем область ценности, должного, нормы. Но при этом нельзя отрицать, что право как норма является частью духовной, а не природной действительности. В этом плане встает задача отграничения права как от природы, так и от других духовных явлений, в особенности от норм иного рода. Здесь речь идет прежде всего об освобождении права от связи, что была когда-то установлена между правом и моралью. При этом, разумеется, мы совершенно не отрицаем требование того, что право должно быть моральным, т. е. хорошим. Это требование само собой разумеющееся; другое дело, что оно, собственно, обозначает. Мы будем отрицать только то воззрение, согласно которому право как таковое есть часть морали, и что любое право в качестве такого в той или иной степени, в том или ином смысле является моральным. Такое воззрение представляет право в качестве части морали и тем самым ведет к неясности в вопросе о том, должно ли это означать [13] самоочевидное требование того, чтобы право представлялось как нечто моральное, либо же здесь имеется в виду, что право как часть морали фактически имеет нравственный характер, в связи с чем предпринимаются попытки наделить право некоей абсолютной ценностью, которая развита в области морали.

В качестве моральной категории право означает то же самое, что и справедливость. Это — выражение для обозначения абсолютно правильного социального порядка, который полностью достигает своей цели и тем самым удовлетворяет чаяниям всех. С психологической точки зрения стремление к справедливости отражает вечное стремление человека к счастью; как индивидуальное существо, человек не может достичь счастья и поэтому ищет его в обществе. Социальное счастье и называется «справедливостью».

Однако данное слово используется и в смысле позитивной правомерности, в особенности законности. В качестве «неправа» воспринимается то, что в одном случае некая общая норма была применена, а в другом случае нет, хотя этот другой случай схож с первым; это представляется «несправедливым» вне связи с ценностью самой данной общей нормы. Согласно такому словоупотреблению, суждение о справедливости выражает только относительную ценность поведения, соответствующего норме. «Справедливое» здесь выступает как синоним «правового».

В своем собственном смысле, отличном от смысла права, «справедливость» обозначает некую абсолютную ценность. Содержание этой ценности не может быть определено чистым учением о праве. Как показывает история человеческого духа, который в течение тысячелетий тщетно бился над решением данной проблемы, такое определение вообще недостижимо путем рационального познания. [14] Ведь справедливость, как нечто отличное от позитивного права, должна противопоставить этому позитивному праву некий высший порядок, который в своей абсолютной действительности лежит за границами опытного познания — так же как платоновская идея лежит за пределами реальности, так же как трансцендентная вещь-в-себе лежит за пределами явлений. Такой же метафизический характер, как в этих случаях онтологического дуализма, обнаруживается в дуализме права и справедливости. Как и в описанных случаях, этот дуализм имеет двойную функцию в зависимости от того, какой направленности придерживается тот

или иной мыслитель — оптимистичной или пессимистичной, консервативной или революционной: в одних случаях та данность, которую представляет собой порядок государства или общества, утверждается как соответствующая идеалу, а в других — отвергается как противоречащая идеалу. И поскольку по определению невозможно раскрыть сущность идеи или вещи-в-себе с помощью научного, т. е. рационального, ориентированного на опыт познания, точно так же невозможно ответить на вопрос о том, в чем же состоит справедливость. Все подобные попытки до настоящего времени приводили только к совершенно пустым формулам наподобие: «Твори добро и избегай зла», «Каждому свое», «Держись золотой середины» и т. п. «Категорический императив» также оказывается полностью бессодержательным. Если поставить перед наукой задачу определения должного как абсолютной ценности, то наука не сможет сказать ничего иного, кроме: «Ты должен то, что ты должен». Это тавтология, за которой прячется (в разных образах и в тщательно вышитых одеяниях) логический принцип тождества, т. е. воззрение, согласно которому добро является добрым и не злым; что справедливость является справедливой, а не несправедливой; что a [15] есть a , но не есть $не-a$. Для того чтобы создать себе предмет познания, справедливость как идеал воли и действия должна незаметно превратить себя в идею истины, а последняя находит свое (негативное) выражение в принципе тождества. Подобное искажение постановки проблемы является неизбежным следствием логицизации объекта, который по определению не доступен для логики.

С точки зрения рационального познания существуют только интересы и конфликты интересов, разрешение которых происходит через расположение интересов в некоем порядке; в рамках этого порядка либо один из интересов удовлетворяется за счет другого интереса, либо достигается компромисс между противоположными интересами. То, что только тот или иной порядок имеет абсолютную ценность, т. е. является «справедливым», недоказуемо с помощью рационального познания. Если бы справедливость существовала в том смысле, в котором обычно представляют ее бытие при попытке уравнивания одних интересов по отношению к другим, тогда позитивное право оказалось бы совершенно излишним, а его существование абсолютно необъяснимым. При наличии некоего абсолютно правильного социального порядка, вытекающего из природы, разума или божественной воли, деятельность государства-законодателя была бы глупой попыткой дать искусственное освещение при ясном солнечном свете. Обычное возражение заключается в следующем: вряд ли существует некая справедливость, которая не позволяла бы себя определить (или, что то же самое, определить себя однозначно); это было бы внутренним противоречием. Данное противоречие является типичным идеологическим прикрытием истинных, слишком болезненно воспринимающихся фактических обстоятельств. Справедливость есть иррациональный [16] идеал. Как бы такой идеал ни был необходим для человеческой воли и действия, он все же недоступен познанию. Познанию дано (или, точнее, задано) только позитивное право. Чем меньше усилий мы прилагаем для того, чтобы четко отграничить позитивное право от идеала, чем скорее мы соглашаемся на идущий от правотворящей власти импульс — рассматривать действительность права как его справедливость, тем большее содействие мы оказываем идеологической установке, которая характерна для классического естественно-правового учения. Задачей последнего оказывается

не столько познание действующего права, сколько его оправдание, его объяснение через доказательство того, что позитивное право является лишь изливанием некоего естественного, божественного или разумного (т. е. абсолютно правильного и справедливого) порядка. Тогда как революционное естественно-правовое учение, которое в истории науки о праве играло относительно менее значимую роль, преследовало противоположное намерение: поставить под вопрос действительность позитивного права за счет утверждения о том, что имеется противоречие с неким заранее заданным абсолютным порядком. В данной перспективе правовая реальность представляется в неблагоприятном свете, поскольку она проверяется на соответствие истине.

9. Антиидеологическая направленность чистого учения о праве

Вышеописанные идеологические установки, политико-властные намерения и следствия очевидны, они сохраняют в науке о праве господствующее положение до наших дней, даже после кажущегося преодоления естественно-правового учения. Чистое учение о праве направлено против этих установок. [17] Это учение стремится представить право таким, каково оно есть, не легитимируя его как справедливое и не дисквалифицируя его как несправедливое. Чистое учение о праве задается вопросом о реальном и возможном, но не о правильном праве. В этом смысле данное учение является радикально реалистической правовой теорией. Оно отказывается от оценки позитивного права. Оно рассматривает себя как науку, которая призвана только к тому, чтобы изучить позитивное право в его сущности и с помощью анализа понять структуру позитивного права. Прежде всего, чистое учение о праве отказывается от служения каким-либо политическим интересам через предоставление в их распоряжение таких идеологических конструкций, с помощью которых легитимируется или дисквалифицируется существующий общественный порядок. Тем самым чистое учение о праве вступает в острое противоречие с традиционной наукой о праве, которая сознательно или неумышленно, в большей или меньшей степени занимается идеологией. Именно за счет своей антиидеологической направленности чистое учение о праве позиционирует себя как истинную науку о праве. Познание в науке обнаруживает имманентное стремление раскрыть свой предмет. Идеология, напротив, скрывает реальность — с целью законсервировать, защитить эту реальность идеология ее преобразует; с целью раскритиковать, разрушить и заменить другой идеология обезображивает реальность. Любая идеология имеет свои корни в воле, а не в познании; она отталкивается от определенных интересов, — точнее, от иных интересов, чем поиск истины. Хотя при этом, разумеется, ничего не заявляется относительно ценности и достоинства этих иных интересов. Здесь познание вновь разрывает покров, которым воля окутывает вещи. Тот авторитет, что творит право и [18] пытается его защитить, может задаться вопросом о том, насколько свободное от идеологии изучение права будет полезным. Также и те силы, что ищут разрушения существующего порядка и замены его на некий новый и лучший порядок, мало что смогут предпринять с помощью подобного взгляда на право. Наука о праве не может заботиться ни о том, ни о другом. Именно такой наукой о праве и является чистое учение о праве.

[19] III. Понятие права и учение о юридическом правиле**10. Естественно-правовое учение и правовой позитивизм**

Идеологический характер традиционной теории права, против которой борется чистое учение о праве, проявляется уже в обычном определении понятия права. Такое определение до настоящего времени находится под влиянием консервативного естественно-правового учения, которое, как уже было показано выше, оперирует трансцендентным понятием права. Данное понятие полностью соответствует метафизическому базису, сформировавшемуся в философии во времена господства естественно-правового учения — в период, который в политическом плане совпадает с образованием полицейского государства в рамках абсолютной монархии. После победы либеральной буржуазии в XIX в. возникает жесткая реакция против метафизики и естественно-правового учения. Одновременно с прогрессом эмпирических естественных наук, с критическим разрушением религиозной идеологии происходит поворот буржуазной науки о праве от естественно-правового учения к позитивизму. Но каким бы радикальным ни был этот поворот, он все же не был полным. Уже не предполагалось, что право — вечная и абсолютная категория; признавалось, что содержание права подвержено историческим изменениям и что право (как позитивное право) есть обусловленное временными и пространственными условиями явление. [20] Но идея об абсолютной ценности права не исчезла полностью, она продолжает жить в этической идее справедливости, которая также поддерживается позитивистской юриспруденцией. Даже если настойчиво акцентируется различие между справедливостью и правом, подчеркивается, что они все же связаны между собой более или менее видимыми нитями. Как нам говорят, для того чтобы быть «правом», позитивный государственный порядок должен иметь какое-либо участие в справедливости — будь такое участие реализовано в виде некоего этического минимума либо в виде (пускай даже неудачной) попытки быть «правильным правом», т. е. справедливым правом. Для того чтобы быть «правом», позитивное право должно в определенной (даже сравнительно небольшой) степени соответствовать идее права. Тогда правовой характер данного государственного порядка будет предполагаться самоочевидным, а легитимация такого порядка будет обеспечена через правовую теорию минимума нравственности. Данная теория сама по себе есть лишь минимизированная естественно-правовая теория. Такой гарантированный минимум достигается во времена консолидированного господства буржуазии, в период относительного равновесия социальных сил. Но последние выводы из официально признанного принципа позитивизма еще не сделаны, а наука о праве еще не полностью ориентирована на позитивизм (хотя такая ориентация имеет доминирующий характер).

11. «Долженствование» как категория права**а) «Долженствование» как трансцендентная идея**

Подобное положение вещей в области духовности четко проявляется в понятии, под которое подводится позитивное право, — в [21] понятии нормы или долженствования. Хотя здесь по-прежнему подчеркивается нетождественность

правовых и нравственных норм, но с юридической точки зрения абсолютная ценность морали не ставится под вопрос. Кажется, что это происходит только для того, чтобы на этом фоне еще отчетливее проступила релятивность ценности права. Невозможность отрицать существование некоей абсолютной ценности, в оправдании которой юриспруденция ощущает свое бессилие, — это уже само по себе простой факт, влияние которого не может не испытывать понятие права. Действительно, если рассматривать и право, и мораль как норму, если смысл и правовой, и моральной нормы выражен в некоем «долженствовании», то на долю понятия правовой нормы и на долю правового долженствования выпадает нечто от той абсолютной ценности, которая свойственна морали. Суждение о том, что нечто должно быть юридически нормировано, что некое содержание должно иметь место в силу права, никогда не будет полностью свободно от представления о том, что такое суждение хорошо, правильно, справедливо. И в этом смысле определение права как нормы и долженствования в позитивистской юриспруденции XIX в. на деле не могло отказаться от использования известных идеологических элементов.

б) Долженствование как трансцендентальная категория

Задача чистого учения о праве — освободиться от данных элементов. Данное учение освобождает понятие права от того понятия моральной нормы, из которого изначально произошло понятие права, и за счет этого обеспечивает самозаконность права по отношению к моральному закону. Это происходит путем конструирования правовой нормы не в качестве императива (наподобие моральной нормы), как это по большей части принято в традиционном [22] учении, а в качестве гипотетического суждения, которое выражает специфическую связку между определенным фактом и определенным последствием. Правовая норма здесь становится юридическим правилом, которое указывает на основную норму закона. Так же как закон природы связывает некий факт с другим фактом как причину и следствие, так и правовой закон связывает определенные правовые условия с правовыми последствиями, точнее, с последствиями правонарушения. В одном случае способом связывания фактов является причинность, а в другом — вменение, которое в чистом учении о праве признается в качестве особой самозаконности права. Как следствие возводится к своей причине, так и правовое последствие возводится к соответствующим правовым условиям, но в последнем случае связь не может рассматриваться как причинно-следственная. Правовое последствие (последствие правонарушения) вменяется некому правовому условию. В этом заключается смысл высказывания: «Некто должен подвергнуться наказанию "по причине" некоего правонарушения»; «Исполнительные действия по отношению к чьему-то имуществу следуют "по причине" неоплаченного долга». Возведение наказания к правонарушению, исполнительного действия к гражданскому проступку имеет не причинно-следственное, а нормативное значение. Выражение этого нормативного значения в качестве «вменения» обозначило вышеуказанное возведение. Данное выражение обозначает должное, его действительность, т. е. специфическое бытие права, тот особый смысл, в котором принадлежащие к системе «права» факты связываются в многостороннюю сеть. И именно через призму должного чистое учение

о праве представляет позитивное право, так же как выражение причинной закономерности выражает необходимость.

[23] В обоих случаях речь идет только о выражении специфической для соответствующей системы (в одном случае — природы, в другом случае — права) функциональной взаимосвязи элементов. Если освободиться от магико-метафизических ассоциаций, которые изначально соотнесены с причинностью, она вовсе не означает того, что в качестве причины представляется (следуя анимистическим воззрениям) некая скрытая сила, которая порождает из себя следствие. Очищенным подобным принципом казуальности не могут пренебрегать естественные науки, поскольку он выражает постулат познаваемости природы. Этому постулату не может соответствовать ничто, кроме осуществляемой нашим познанием связки между подлежащими перед ним фактами. Если закон природы говорит: «Если *A*, то необходимо будет *B*», — то правовой закон говорит: «Если *A*, то должно быть *B*», не высказываясь при этом о ценности (моральной или политической) данной взаимосвязи. Должное здесь остается относительной априорной категорией для обработки эмпирического правового материала. В этом отношении неизбежна обработка и выражение того особого способа, с помощью которого позитивное право связывает между собой факты. Вместе с тем очевидно, что эта связь не есть связь между причинами и следствиями. Наказание следует правонарушению не так, как следствие за причиной; здесь мы имеем дело с совершенно отличным от причинности связыванием, которое осуществляется законодателем. Это связывание совершенно иное, но при этом оно столь же нерушимо, что и закон причинности. Если в системе права (т. е. по причине права) наказание всегда и неизменно следует за правонарушением, то в [24] системе природы наказание по тем или иным причинам может остаться не примененным. Если же наказание все же применяется, то не так, как последствие совершенного правонарушения, относясь к правонарушению как к своей причине. Наказание может быть вызвано совершенно иными причинами и последовать даже в том случае, когда правонарушение в действительности и не совершалось. Когда говорят: «Если совершено так называемое правонарушение, “должны” иметь место правовые последствия», — то это «должное» в правовых категориях означает только тот специфический смысл, в котором правовые условия и правовые последствия соотнесены между собой в юридическом правиле. Данная правовая категория — хотя бы она и принципиально отличалась от трансцендентной правовой идеи — имеет чисто формальный характер. Она применима независимо от того, каким могло бы быть содержание связываемых между собой фактов, каковы понимаемые как право акты. Никакая социальная реальность не может оспаривать своей соразмерности данной правовой категории по причине устройства своего содержания. В смысле кантовской философии данная категория является эпистемологически-трансцендентальной, но не метафизически-трансцендентной. Именно по этой причине она хранит свою радикальную антиидеологическую направленность, и именно на этой почве возникает жесткое противостояние со стороны традиционной теории права. Последняя с трудом может перенести, что порядок Советской республики может восприниматься как правовой с тем же успехом, что и правовой порядок фашистской Италии или демократически-капиталистической Франции.

с) Регресс к естественному праву и метафизике

После произошедшего вследствие Мировой войны социального потрясения системы [25] понятий традиционная теория права по всем направлениям возвратилась к естественно-правовой теории, как и традиционная философия полностью регрессировала к докантианской метафизике. Находясь в той же самой политической ситуации, что и дворянство в начале XIX в., с приближением середины XX в. буржуазия хватается за политические идеологии, схожие с теми, что дворянство защищало в борьбе против буржуазии. И, именно поскольку чистое учение о праве выводит последние следствия из исходной антиидеологической, позитивистской философии и теории права XIX в., оно оказывается в жестком противостоянии с эпигонами, отрицающими кантианскую трансцендентальную философию и правовой позитивизм.

12. Право как принудительная норма

Придя к формальной категории долженствования или нормы, мы нашли лишь общее понятие, но не специфическое отличие права. Теория права XIX в. в общем и целом соглашалась с тем, что правовая норма есть принудительная норма в том смысле, что является нормой, велящей применить принуждение, за счет чего отличается от иных норм. В данном отношении чистое учение о праве продолжает традицию позитивистской теории права XIX в. Оно рассматривает последствие, закрепленное в юридическом правиле за определенным условием, как государственный акт принуждения, выраженный в наказании либо в исполнительных действиях гражданского или административного процесса. В этом ракурсе обуславливающий факт квалифицируется как правонарушение, а обусловленные последствия — как следствия правонарушения. Определенное человеческое поведение становится противоправным, становится правонарушением (в широком смысле этого слова) не за счет некоего имманентного качества [26] или отношения к той или иной метафизической норме, к некоей моральной, т. е. трансцендентной по отношению к позитивному праву ценности. Поведение становится правонарушением только и исключительно потому, что в юридическом правиле установлено особое последствие, через которое данный правовой порядок реагирует на такое поведение с помощью акта принуждения.

13. Понятия правонарушения

В аспекте имманентного исходного пункта чистого учения о праве понятие правонарушения подвергается существенному переосмыслению. Для этого понятия важны не мотивы законодателя, не то, что некий факт нежелателен нормотворящим властям, что такой факт, согласно неточному словоупотреблению, является социально вредным (хотя можно сказать только то, что законодатель считает его социально вредным). Единственно и исключительно важным для понятия правонарушения является упоминание данного факта в юридическом правиле — то, что этот факт является условием для специфической реакции со стороны права, для применения акта принуждения (который является действием государства). Правонарушение — это действие человека, обусловленное

в юридическом правиле в качестве условия, против которого обращен акт принуждения, обозначенный в юридическом правиле как последствие. Факт правонарушения в качестве поведения адресата акта принуждения отличается от всех иных условий применения последствий правонарушения. Если последствия правонарушения будут применены — как в примитивных правовых порядках или в случае с юридическими лицами — против иного лица, чем то, которое совершило правонарушение; [27] то это происходит только при предпосылке, что законодателем между этими лицами предположена некая связь, будь она реальной или фиктивной. Здесь говорят об ответственности за чужое правонарушение. Так, семья убийцы отвечает за него; князь несет ответственность за правонарушение, совершенное его подданным; народ отвечает за правонарушение, вызванное государственным органом (коллективная ответственность). Между реальным субъектом правонарушения и объектом применения последствий правонарушения всегда наличествует физическое или юридическое тождество.

С этой точки зрения правонарушение вместо отрицания права (как это кажется в политико-правовом ракурсе) рассматривается в качестве особого условия права и за счет этого становится возможным предметом правового знания. В рамках такого знания правонарушение может пониматься только как часть права. Понятие правонарушения здесь отходит от того внесистемного положения, которое за ним закрепляла донаучная наивная юриспруденция, и занимает положение внутри системы. Так же как традиционная теория права, поступают этика и теология. И та, и другая являются видами нормативного познания. Так, в рамках теодицеи делается попытка истолковать мир как систему добра, а зло в его исходном характере нарядить в одежды простого отрицания добра для того, чтобы зло могло служить только условием осуществления добра (согласно представлению о том, что зло, в конечном счете, ведет к греху, а победа над грехом ведет к торжеству добра). Чистое учение о праве разрушает данный образ, согласно которому при совершении правонарушения люди «разрушают» или «преступают» право. [28] Это учение демонстрирует, что правонарушение тем меньше может разрушить или преступить право, что само право начинает выполнять свою сущностную функцию только после совершения кем-то правонарушения. Вопреки традиционному воззрению, правонарушение не означает разрыв в бытии права. Как раз наоборот, право сохраняет свое бытие через правонарушение, ведь бытие права заключается в его действительности, в долженствовании акта принуждения как последствия правонарушения.

В этом аспекте чистое учение о праве также оказывается в противоречии с теорией права нашего времени, которая благодаря обращению к естественно-правовому учению отрицает момент принуждения как эмпирический критерий права, поскольку полагает возможным установить внутреннее содержание права через его согласование с некой правовой идеей. Поскольку обязывающая сила права, на первый взгляд, заключена в ценности права (а позитивное право здесь является ответвлением некоего абсолютного, т. е. божественного или естественного порядка), то применение принуждения не является существенным для права, поскольку его действительность (так же как действительность абсолютной морали) покоится на внутреннем принуждении, которое

с очевидностью влечет и обязывающую силу права. Это типично естественно-правовой подход.

14. Право как социальная техника

а) Действенность правового порядка

Если право (с чисто позитивистской точки зрения) является не чем иным, как внешним принудительным порядком, то оно понимается только [29] как особая социальная техника, с помощью которой либо достигается желательное социальное состояние, либо предпринимается попытка такого достижения. С тем человеческим поведением, которое означает противоположность такому состоянию, связывается тот или иной акт принуждения в качестве последствия (принудительное изъятие некоего блага: жизни, свободы, экономических ценностей). Очевидно, правовой порядок исходит из допущения, что те люди, поведение которых этот порядок регулирует, воспринимают такой акт принуждения как зло, которого они стремятся избежать. При этом цель правового порядка — создать у людей представления о том зле, которое им грозит за определенное поведение, побудить людей к противоположному поведению. В этой мотивации заложена подразумеваемая правопорядком действенность. В отношении такой действенности содержание правовой нормы (как и любой социальной нормы в целом) ограничивается человеческим поведением. Наделенные разумом и волей люди через представление о некоей норме могут быть мотивированы к соответствующему с нормами поведению. Поэтому другие факты, которые состоят в действии или бездействии людей (так называемые события), появляются в содержании правовой нормы только в существенной связке с человеческим поведением (как условия или последствия такого поведения). Если в примитивных правовых порядках последствия правонарушения применяются не только против людей, но и против животных и вещей, если такие правовые порядки пытаются регулировать поведение и нечеловеческих субъектов, то только потому, что примитивный анимизм считает одушевленными также животных и вещи, таким образом, истолковывая их поведение по аналогии с человеческим.

[30] б) Вторичные нормы

Если, говоря о цели правового порядка, мы предпосылаем нашим рассуждениям требование, согласно которому люди должны вести себя так, чтобы избежать грозящего им акта принуждения, то мы можем растворить правовой порядок в сумме норм, в которых данное поведение (то поведение, на которое нацелено право) выступает как запрещенное (например: «Не должно красть», «Принятое в пользование должно возвращать» и т. п.). Только нужно помнить, что при этом существенная для правового характера нормы связь с актом принуждения останется невыраженной. Норма, которая устанавливает поведение, позволяющее избежать принуждения (а в этом заключается цель правового порядка), является правовой нормой, только если она (используя для удобства усеченную форму) говорит то, что в полной и правильной форме устанавливается только в юридическом правиле — что в случае противного поведения в качестве последствия будет применен акт принуждения. Это — правовая

норма в ее первичном образе. Норма, которая устанавливает поведение, позволяющее избежать принуждения, поэтому действует только как вторичная норма. По отношению к факту, устанавливаемому в качестве должного (этот факт — то поведение, которое является целью правопорядка и позволяет избежать принуждения), правонарушение — как условие применения акта принуждения — представляет собой отрицание, т. е. своего рода противоречие. Но факт правонарушения не находится в логическом противоречии с вторичной нормой, которая требует противоположного поведения. Противоречие могло бы возникнуть между двумя высказываниями о должном или между двумя высказываниями о сущем; но противоречия не может быть между высказыванием о должном и [31] высказыванием о сущем. Противоречие может быть между двумя нормами, но не между нормой долженствования и фактом сущего. Логическая фигура может иметь вид «должно А и должно не-А», но не вид «должно А и есть не-А» — только первая фигура представляет собой логическое противоречие. Противоречие норме есть категория, совершенно отличная от логического противоречия. Та оппозиция, в которую вступает факт по отношению к норме, предписывающей противоположный факт, не может быть обозначена как логическая противоположность. Такую оппозицию можно назвать телеологическим противоречием, поскольку при этом в качестве объективной цели предполагается некий *телос*. По отношению к вторичным правовым нормам как выражению правовой цели, очевидно, неприменимы традиционные понятия противоправности и правомерности, которые описывают противоречащее и соответствующее праву поведение. Этими понятиями можно пользоваться только при условии, что первым из понятий обозначается поведение, являющееся условием для акта принуждения, а вторым — поведение, позволяющее избежать акта принуждения.

с) Мотивы соблюдения права

Трудно определить, является ли в действительности соответствующее правопорядку поведение людей результатом действия того представления, которое отсылает к возможному применению акта принуждения. Разумеется, в большинстве случаев искомое правом состояние достигается за счет совершенно иных мотивов. Не страх наказания или изъятия имущества, а религиозные или моральные убеждения, уважение к социальным нравам, забота о своем престиже в обществе, а зачастую и просто отсутствие побуждений к противоправному поведению чаще приводят к согласию между [32] правом и реальностью. Как мы еще убедимся ниже, эта значимая для действительности правового порядка связь не обусловлена требованием того, чтобы фактическое поведение людей соответствовало правовому порядку. Такое соответствие не обязательно связано с действенностью правового порядка и может, скорее, быть возведено к идеологии, функцией которой как раз и является обеспечение соответствия или призыв к такому соответствию.

Особым, специфическим для права способом (т. е. через связывание поведения, которое считается социально вредным, с актом принуждения, который несет зло субъекту такого поведения) может преследоваться любая социальная цель. Но право характеризуется не как цель, а как особое средство. Поэтому четко видно, что вышеописанные вторичные нормы сами по себе и без

оглядки на юридическое правило, в котором формулируются правовые условия для юридических последствий, не могут выражать сущность права. Такая сущность заключена в аппарате принуждения, который сам по себе не имеет никакой связи с политическими или этическими ценностями. Ценность такого аппарата принуждения в большей степени зависит от ценности, трансцендентной по отношению к праву как к средству. Именно в этом и заключается свободное от идеологии истолкование того факта, который воспринимается как право. Несомненно, что право должно быть признано исторически обусловленным — тем самым открывается возможность взглянуть на внутреннюю взаимосвязь, существующую между социальной техникой некоего принудительного порядка и тем социальным состоянием, которое поддерживается с помощью данного порядка. Каков этот порядок и, в особенности, имеет ли он (как утверждают сторонники социализма) [33] характер классового господства и эксплуатации — все это лишено значения с точки зрения чистого учения о праве. Данное учение рассматривает не цель, которая преследуется и достигается правовым порядком, а сам этот порядок. Чистое учение о праве рассматривает правовой порядок не в ракурсе его целей и, соответственно, не как возможную причину определенного следствия (поскольку отношение цели и средства является лишь одним из частных случаев причинно-следственного отношения), а в ракурсе нормативной самозаконности смыслового содержания этого порядка.

15. Отрицание должного

Подобный нормативный смысл в общем и целом отрицается. Принято рассматривать право, т. е. правоустанавливающие акты, только как средство вызвать определенное поведение людей, на которых направлены эти акты; иначе говоря, эти акты можно рассматривать как причины определенных следствий. Считается возможным объяснить правовой порядок просто как законосообразность определенного хода человеческого поведения. Здесь сознательно игнорируется нормативный смысл, который проявляется в этих актах, поскольку считается невозможным признать смысл должностования, отличный от смысла бытия. Утверждение законодателя или теоретика права «Вор должен быть наказан» рассматривается именно в качестве попытки побудить других людей не красть, потому что другие наказывают вора. Право воспринимается как затея, позволяющая породить у людей соответствующие представления и за счет мотивирующей силы этих представлений побудить людей к адекватному поведению. Юридическая позиция, согласно которой должно подвергнуть наказанию кражу или не «должно» красть, сводится [34] к констатации факта: с одной стороны, люди стремятся побудить других людей не красть или же стремятся наказать вора, с другой — люди, как правило, воздерживаются от воровства и наказывают за него. Право — когда речь идет об отношениях между людьми, создающими право и соблюдающими его, — воспринимается как некая затея, напоминающая действия охотника, который кладет в западню приманку, чтобы заманить туда дичь. Это сравнение верно не только из-за общего для обоих случаев характера мотивации, но еще и потому, что, согласно описываемому здесь взгляду на право, когда право изображают как норму (со стороны законодателя или в правовой доктрине),

то получается обман. В соответствии с этой точкой зрения «норм» вообще не «существует», а утверждение, согласно которому нечто «должно» быть, не имеет никакого, отличного от морального, специфически позитивно-правового смысла (которым руководствуется чистое учение о праве). С этой точки зрения заслуживают рассмотрения только естественные явления, находящиеся в причинно-следственной связи, а правовые акты рассматриваются лишь в их фактичности, но отнюдь не через особое смысловое содержание, носителями которого они выступают. В этом аспекте норма или долженствование, через которые предстает право и через которые оно описывается в юриспруденции (даже в значении, измененном чистым учением о праве, очищенном прежде всего от абсолютно-моральных ценностей), выступают в качестве чистой «идеологии». В качестве «реальности» (т. е. предмета научного познания) признаются только находящиеся под действием причинно-следственной связи духовно-телесные явления — природа.

[35] **16. Нормативный смысл права**

Здесь мы изучим вопрос о том, могут ли вообще с такой точки зрения изучаться социальные явления, не разрушает ли подобный подход все социальное бытие, которое полностью исчезает как особый предмет познания. Много говорится о том, что область социального по сути своей имеет идеологический характер, поскольку общество отделяется от природы только через призму отделения идеологии от реальности. Разумеется, в ракурсе таких рассуждений полностью утрачивается специфический смысл права. Если за «нормой» или «долженствованием» отрицается какой-либо смысл, тогда бессмысленными становятся утверждения типа: «Это юридически позволено, а то юридически запрещено», «Это принадлежит мне, а то — тебе», «Х правомочен сделать это, а Y обязан сделать то» и т. п. Короче говоря, тысячи высказываний, в которых ежедневно проявляется правовая жизнь, утратили бы свое значение. Есть очевидная разница между двумя высказываниями: «А юридически обязан заплатить В тысячу» и «Есть некоторый шанс, что А заплатит В тысячу». Одно дело сказать: «Это поведение с точки зрения закона есть правонарушение и должно быть наказано в соответствии с законом», и совсем другое — сказать: «Тот, кто это сделал, по всей вероятности, будет наказан». Высказыванием о возможном ходе событий в будущем не охватывается тот имманентный смысл, в котором (1) законодатель обращается к правоприменительному органу, (2) этот орган обращается в форме судебного решения или административного акта к подданному государства, (3) а этот подданный передает данный смысл путем совершения сделки другому подданному. Такое высказывание исходит из трансцендентной праву точки зрения. Оно отвечает не на специфически [36] юридический вопрос: «Что есть право?», а на метаюридический вопрос: «Что происходит фактически и что вероятно может произойти?». Если нормативным смыслом права является лишь «идеология», то учение о праве познает имманентный смысл права — познает право таким, каким оно в своем своеобразии предстает в сопровождении некой идеологии перед правотворческими и правоприменительными органами, перед ищущими право людьми. Тогда учение о праве направлено на samozаконность некоей идеологии.

Чистое учение о праве вполне осознает это положение дел. За счет того, что чистое учение о праве срывает одеяния метафизически абсолютного ценностного характера (долженствование остается только как выражение связи между условием и следствием в юридическом правиле) с долженствования в позитивном праве, оно само прокладывает дорогу к новой перспективе, с которой можно взглянуть на идеологический характер права. Это учение не скрывает от себя того, что обозначаемое как «право» специфически нормативное значение некоего фактического состояния является результатом возможной, определенной (рано или поздно) основной предпосылки, но не является необходимым вариантом истолкования. Чистое учение о праве не скрывает от себя и того, что бытие права не доказывается так, как доказывается существование природных фактов и управляющих ими законов природы; того, что нельзя аргументами опровергнуть некое теоретическое положение, — например, утверждение сторонников теоретического анархизма, которые утверждают, что там, где юристы говорят о праве, нет ничего, кроме голой силы. Но при этом чистое учение о праве не считает возможным делать отсюда выводы о необходимости отказа от категории долженствования в целом и о нормативной теории права в частности. Оно не отрицает познаваемость процессов формирования [37] и систематической переработки тех духовных содержаний, которые несут в себе природные акты — именно в таких духовных содержаниях прежде всего и заключен смысл права. Возможность и необходимость такой теории доказывается уже самим фактом многотысячелетнего существования науки о праве, которая — пока существует право — в качестве догматической юриспруденции служит интеллектуальным потребностям тех, кто имеет дело с правом. Нет никаких оснований оставить неудовлетворенными эти вполне легитимные потребности и отказаться от подобной науки. Заменить ее социологией права невозможно, так как та решает совсем другие проблемы, чем наука о праве. Пока существует религия, должна существовать догматическая теология, которую нельзя заменить ни психологией, ни социологией религии. Точно так же, пока будет существовать право, будет существовать и нормативное учение о праве. Его место в целостной системе научных дисциплин — это отдельный и второстепенный вопрос. Но только нужно не развивать такую науку о праве вместе с категорией долженствования или нормы, а четко ограничить предмет этой науки и критически прояснить ее методы.

17. Долженствование и бытие права

Вопреки видимости, между утверждениями о том, что, с одной стороны, действие права (в качестве идеологии) ставится в отношении к природной реальности, а с другой — может потребоваться чистая (т. е. свободная от идеологии) теория права, нет никакого противоречия. Совершенно независимо от многозначности слова «идеология» (которое иногда обозначает противостоящий природе дух, иногда [38] употребляется для обозначения некоего представления, скрывающего, искажающего или заменяющего собой реальность) необходимо отметить, что среди всего многообразия идеологий часто нужно различать несколько слоев, за счет чего релятивируется противоположность идеологии и реальности. Если рассматривать позитивное право как нормативный порядок в его соотношении с реальностью фактически происходящего, которое —

согласно притязанию позитивного права — должно ему соответствовать (хотя на самом деле далеко не всегда соответствует), то его можно квалифицировать как «идеологию» (в первом значении этого слова). Позитивное право можно рассматривать в соотношении с неким «высшим» порядком, который притязает на то, чтобы считаться «идеальным», сущим правом, и требует, чтобы позитивное право ему соответствовало, чтобы оно соотносилось с естественным правом, с идеалом так или иначе понимаемой справедливости. В таком случае позитивное право предстает как «реальное», сущее право, а естественное право или справедливость — как идеология. Для чистого учения о праве характерна антиидеологическая направленность, которая проявляется в попытке изолировать описание позитивного права от любой естественно-правовой идеологии справедливости. Вне этого учения остается обсуждение возможности действия некоего порядка, который стоял бы над позитивным правом. Чистое учение о праве ограничивается позитивным правом и выступает против того, чтобы теоретики права заменяли его неким высшим порядком, равно как и против использования такого порядка для оправдания права, против некорректного использования различия между неким предустановленным идеалом справедливости и позитивным правом в качестве юридического аргумента, направленного на опровержение действительности последнего. Чистое учение о праве есть теория правового позитивизма.

[39] IV. Дуализм учения о праве и его преодоление

18. Естественно-правовое происхождение дуализма субъективного и объективного права

Общее учение о праве в том виде, в каком оно было развито в юриспруденции XIX в., характеризуется господством целой системы дуалистических конструкций, раскалывающих надвое все проблемы этой юриспруденции. Это — наследие естественно-правовой теории, на смену которой пришло общее учение о праве. Как было показано, естественно-правовой дуализм состоит в том, что над государственным порядком позитивного права воздвигается некий высший, божественный, разумный или природный правовой порядок. Еще раз стоит подчеркнуть, что такой порядок по меньшей мере у классических представителей естественно-правовой теории XVII и XVIII вв. имел, по сути, консервативно-легитимирующую функцию. Позитивизм XIX в. отказался (как показано выше, не полностью) от легитимации права через сверхпозитивные ценности; но это было сделано косвенно, путем лишь поверхностных изменений в используемых понятиях. Оправдание позитивного права теперь стало проходить не через это иное, высшее право, а через само понятие права. Но здесь мы будем говорить не об этом имманентном и неявном дуализме, а о том очевидном пронизывающем всю систему права дуализме, который проступает в разграничении [40] объективного и субъективного права, публичного и частного права, во множестве других парных противопоставлений и не в последнюю очередь — в противопоставлении государства и права. Функция такого дуализма, который проявляется в различных образах и принимает разнообразные обороты, отнюдь не заключается только в легитимации позитивного правопорядка — она также состоит в очерчивании определенных границ

для внутренней структуры этого правопорядка. Первая из обозначенных функций особенно проявляется в противопоставлении государства и права, вторая очевидно распознается в разграничении объективного и субъективного права. Противопоставление публичного и частного права чрезвычайно многозначно, и поэтому идеологическую функцию этого противопоставления нельзя четко определить.

19. Понятие субъективного права

Когда общее учение о праве утверждает, что предмет этого учения — право — задан не только в объективном, но и в субъективном смысле, то тем самым оно уже закладывает противоречие в основание своей системы — дуализм объективного и субъективного права. Таким путем общее учение о праве утверждает, что право в объективном смысле — это норма, комплекс норм, т. е. порядок, и одновременно говорит о том, что право в субъективном праве есть нечто совершенно иное, что не подпадает ни под одну из общих категорий, а именно — интересы или воля. Данное противоречие не устраняется за счет того, что между объективным и субъективным правом устанавливается связь, что субъективное право определяется исходя из защищенных интересов, из чьей-то признанной или гарантированной воли. [41] По своему первоначальному замыслу дуализм объективного и субъективного права выражает мысль о том, что субъективное право предшествует праву объективному как в логическом, так и во временном плане. Данное представление заключается в следующем: сначала появляются субъективные права, в первую очередь собственность — этот прототип субъективного права, хотя и выступающий в виде первичного присвоения; затем появляется объективное право как государственный порядок, защищающий, признающий, гарантирующий субъективные права, стоящие по отношению к данному порядку в независимом положении. Наиболее очевидно данное воззрение проявилось у сторонников исторической школы права, которые не только предзнаменовали правовой позитивизм XIX столетия, но и решающим образом повлияли на формирование понятийного аппарата общей теории права. Например, у Дернбурга читаем: «Права в субъективном смысле существовали в истории гораздо раньше, чем сложился сознательный государственный порядок. Они имели свое основание в личности человека и в том уважении, которого ему удалось добиться по отношению к своему лицу и имуществу. Получить понятие о правопорядке можно было только постепенно, путем абстракции, благодаря наблюдению над наличными субъективными правами. Поэтому совершенно не согласен с историей и неправилен взгляд, по которому права в субъективном смысле являются лишь выводом из прав в объективном смысле».²

20. Понятие субъекта права, или личности

В тесной взаимосвязи с понятием субъективного права (по существу, речь идет просто [42] о другом варианте употребления того же самого понятия) находится понятие «субъект права», или «лицо», т. е. носитель субъективного

² Перевод дан по: Дернбург Г. Пандекты. Т. I. Общая часть. М., 1906. С. 100–101. — Прим. пер.

права. Данные термины содержательно подогнаны под собственника. Здесь решающим также оказывается представление о правосубъектности как независимой от правового порядка субстанции. Правовой порядок, если так можно сказать, «преднаходит» субъективное право либо в индивидууме, либо в коллективе; данный порядок признает, да и с необходимостью должен признать субъективное право лица с тем, чтобы не утратить своей характеристики «правового». Противоположность права в объективном смысле и правосубъектности (здесь получается логическое противоречие в самой теории, которая говорит о существовании и объективного права, и правосубъектности) наиболее явным способом выражается в том, что смысл объективного права как гетерономной нормы заключается в связывании, т. е. в принуждении, тогда как сущность правосубъектности заключается как раз в отрицании какого-либо связывания, т. е. в свободе (понимаемой в смысле самоопределения или автономии). Как пишет Пухта, «основным понятием права является свобода... абстрактное понятие свободы заключается в возможности самоопределения к чему-либо... Человек потому является субъектом права, что ему принадлежит возможность самоопределения, что он обладает волей».

21. Идеологическое значение понятий «субъективное право» и «субъект права»

Очевиден фиктивный характер подобного определения понятия правосубъектности. Поскольку о самоопределении индивида в области права речь идет преимущественно в сфере так называемого частного права — а именно в том, что касается [43] порождающего право факта гражданско-правового договора, — то автономия предстает в очень ограниченном и странном виде. Никто не может присвоить себе субъективные права, поскольку право одного лица существует только при предположении обязанности другого лица — соотносительно такому правовому отношению объективный правовой порядок может возникнуть только через согласованное волеизъявление двух индивидов и только в том случае, когда договор рассматривается объективным правом в качестве порождающего право факта. Таким образом, определение субъективных прав происходит, в конечном счете, через объективное право, а не через стоящих под его действием субъектов права; следовательно, в частном праве не имеет-ся полной автономии.

Идеологическую функцию такого внутренне противоречивого определения понятия субъективного права легко увидеть: речь идет об оправдании представления о том, что субъективное право, т. е. частная собственность, противостоит объективному праву трансцендентной категорией — является институтом, в котором содержательная структура правового порядка находит для себя непреодолимую грань. Понятие субъективного права, отличного и полностью независимого от объективного права, тем более важно, что последнее признается в качестве правового порядка, являющегося гарантией института частной собственности. Хотя правовой порядок предстает как переменчивый и постоянно изменяющийся, созданный человеческим произволом порядок, который не покоится на вечной воле божества, на разуме или на природе, [44] создание такого порядка в рамках демократического процесса представляется

самоочевидным. Мысль о существовании некоего права (даже «более чем права»), отличного и независимого в своем существовании от объективного права, должна защитить институт частной собственности от посягательств со стороны правового порядка. Нетрудно понять, что поскольку идеология субъективного права связана с этической ценностью индивидуальной свободы, автономной личности, постольку в этой свободе скрыта также собственность. Подобный правовой порядок, который не признает людей как свободных (в этом смысле) личностей (иными словами, такой порядок, который не гарантирует субъективных прав), не будет вообще рассматриваться в качестве правового порядка.

22. Понятие правового отношения

Вполне в духе данной идеологии рассматривать отношение между правом и обществом, особенно между правом и экономикой, как отношение между формой и содержанием, толкуя при этом правовое отношение как существующую внутри социального материала связь, как некое «жизненное отношение», которое в праве находит лишь свое внешнее выражение. Направление традиционной юриспруденции, позиционирующее себя в качестве «социологического», в действительности преследует с помощью такого подхода всего лишь естественно-правовые установки. В том же направлении, что и дуализм объективного и субъективного права, развивается разграничение личных и вещных правовых отношений; иными словами, [45] речь идет об отношениях между субъектами и отношениях между правовым субъектом и правовым объектом, между лицом и вещью. Вещно-правовое отношение, вещно-правовая связь преимущественно выступают в качестве собственности, именно под собственностью и оказывается подогнанным все это разделение. Вещно-правовое отношение определяется как исключительное господство лица над вещью и тем самым отграничивается от прав требования, обосновывающих только правовые отношения между лицами. Это важное для систематики гражданского права различие также имеет явно идеологический характер. Против постоянно выдвигаемых возражений сторонники этого деления утверждают, что правовое господство лица над вещью заключается не в чем ином, как в определенном отношении одного субъекта к другим субъектам, т. е. в обязанности этих субъектов не препятствовать собственнику в его возможности распоряжаться вещью и в его юридической возможности отстранять всех остальных от пользования этой вещью. На это утверждение обычно выдвигается встречное возражение: установление собственности как отношения между лицом и вещью прикрывает социально-экономическую функцию такого отношения, ту функцию, которую социалистическая теория (здесь не место решать, справедливо или нет) считает «эксплуатацией», ту функцию, которая, во всяком случае, состоит именно в отношении собственника ко всем остальным лицам, которые лишены доступа к его вещи и которых объективное право обязывает уважать исключительное право собственника распоряжаться вещью. Традиционное правоведение сопротивляется самым решительным образом признанию того факта, что [46] правомочие одного есть лишь отражение правовой обязанности других. Со все большим и сильным акцентом сторонники традиционного воззрения утверждают первичный характер правомочия, отождествляя правомочие непосредственно с правом, т. е. с правом в субъективном смысле.

23. Понятие правовой обязанности

Вторая форма субъективного права — правовая обязанность — общей теорией права очевидным образом оставляется без внимания. При этом даже утверждается, что обязанность вообще не является правовым понятием, что существует лишь моральная обязанность, что в праве нет правовых обязанностей, а есть только субъективные права. Хотя сущностной функцией любого порядка, особенно права как принудительного порядка, может быть только нормативное связывание подчиненных данному порядку индивидов. Такое нормативное связывание не может быть обозначено иначе, как словом «обязанность», даже если моральная обязанность также выражает именно связывание, через которое индивид испытывает действие морального порядка. С учетом той роли, которую играет понятие субъективного права как категория частного права, мало смысла распространять это понятие на правовую обязанность. Ведь все то, что может предложить «субъективное право» в смысле идеологической теории, сразу будет поставлено под вопрос, если этому «праву» в понятии правовой обязанности будет противопоставлен равный по силе или даже более сильный фактор.

[47] 24. Редукция субъективного права к объективному

а) Правовая норма как правовая обязанность

Именно в этом вопросе, акцентируя первостепенность понятия правовой обязанности, чистое учение о праве восстает против господствующего научного воззрения. И в этом вопросе чистое учение о праве выводит последние следствия из той известной мыслительной установки, что была заложена еще в позитивистской теории XIX в., но не была развита применительно к этому относительно простому вопросу. Данная теория признает в правовой обязанности только правовую норму во взаимосвязи с устанавливаемым этой нормой конкретным поведением некоего определенного индивидуума, т. е. признает только индивидуализированную правовую норму. Тем самым указанная теория полностью эмансипирует понятие правовой обязанности, отделяя его от понятия моральной обязанности. Это первое понятие теории интерпретирует следующим образом. Человек юридически обязуется к некоему определенному поведению только в той степени, в которой противное поведение обозначено в правовой норме в качестве условия акта принуждения, установленного в качестве последствия правонарушения. Если акт принуждения будет направлен не против лица, чье поведение является условием для наступления последствий правонарушения (и в этом смысле образует содержание обязанности), а против иного лица, то здесь можно говорить об ответственности, дифференцируя понятия обязанности и ответственности. При этом ответственность предстает в качестве особой разновидности обязанности. Тем самым правовая обязанность признается в качестве единственной сущностной функции объективного права. Любое юридическое правило с необходимостью должно устанавливать некую правовую обязанность, [48] либо же (возможно) некое правомочие.

б) Правовая норма как правомочие

Правомочие заключается в том, что при условии наступления последствий правонарушения осуществляется связанное с этим правонарушением волеизъявление (в форме иска или жалобы) того лица, чьи интересы при этом были нарушены. Только в этом отношении правовая норма индивидуализируется и становится правомочием. Так, правовая норма (в этом отличном от правовой обязанности смысле) обращается в субъективное право, т. е. в право некоего субъекта, за счет чего становится орудием защиты его интересов. Субъективное право в качестве правомочия не противостоит объективному праву как нечто независимое от него — субъективное право существует лишь постольку, поскольку оно нормировано объективным правом. В целом правомочие является только одним из возможных, но отнюдь не единственно возможным содержанием объективного права — это особая техника, которой может, но не должно пользоваться право. Это особая техника капиталистического правового порядка, который строится на основе института частной собственности и прежде всего защищает индивидуальные интересы. Это такая техника, которая вовсе не господствует во всех частях капиталистического правового порядка и развивается в полную силу только в сфере так называемого частного права и в определенной части административного права. В современном уголовном праве данная техника уже преодолена, поскольку здесь на место [49] потерпевшего встает государственный орган, иницирующий в качестве уполномоченного властью заявителя процесс, в рамках которого реализуются последствия правонарушения.

Если принять точку зрения чистого учения о праве относительно сущности того, что называют субъективным правом, оказывается преодоленным дуализм субъективного и объективного права. Субъективное право не есть нечто независимое от объективного права, оно само является объективным правом. Только за счет этого через конституируемое им последствие правонарушения данное право обращено против конкретного субъекта (обязанность) либо же предоставляется в распоряжение некоего конкретного субъекта (правомочие). Таким образом, субъективное право редуцируется к объективному праву, вбирается в объективное право; за счет этого исключается идеологическое злоупотребление терминами. Прежде всего, понятие права уже не ограничивается особым техническим содержанием правового порядка. В понятии права учитывается историческая обусловленность капиталистического правового порядка.

с) Правомочие как участие в создании права

Если признать сущность субъективного права (в смысле правомочия), характерного для частного права, в том, что оно в качестве последствие правонарушения влечет волеизъявление заинтересованного лица (в виде иска или жалобы) и что такое волеизъявление является существеннейшей частью процесса, в котором через судебное решение создается индивидуальная норма, связывающая с неким конкретным фактом правонарушения некое конкретное последствие, тогда пользование субъективным правом означает обеспечение участия в процессе создания права.

[50] Это та точка зрения, с которой мы можем усмотреть иные факты, чем тот, что обозначен в качестве «субъективного права». В отличие от частнопроводного

правомочия данные факты не связаны с волеизъявлением, направленным на наступление последствий правонарушения. Речь здесь будет идти о так называемых «политических» правах. Обычно такие права понимаются как правовая возможность влиять на образование государственной воли либо, иными словами, прямо или косвенно участвовать в создании правового порядка, в котором выражается «государственная воля». Однако при этом имеется в виду (как это большей частью происходит, когда правовой порядок персонифицируется в качестве «государственной воли») лишь общая форма выражения образующих этот порядок правовых норм, т. е. законов. Участие подчиненных нормативному порядку индивидов в законодательной деятельности, т. е. в создании общих правовых норм, есть существенный признак демократической формы государства, отличающий ее от автократической формы, при которой подданные отстранены от всякого участия в формировании государственной воли. Демократическое законодательство может осуществляться непосредственно «народом», т. е. подчиненными нормативному порядку индивидами. В так называемой непосредственной демократии этому соответствует субъективное право индивида участвовать в законодательном народном собрании: выступать с речами и голосовать. Либо же народ участвует в законодательстве лишь опосредованно, т. е. оно осуществляется парламентом, избранным народом. Тогда процесс образования государственной воли, создания общих норм, распадается на две стадии: избрание парламента и принятие законов избранными членами парламента. Соответственно, в этом случае есть два субъективных права: [51] субъективное право (образующих большой или меньший круг) избирателей, так называемое избирательное право, и субъективное право (относительно узкого круга лиц) избранных в парламент, право участвовать в обсуждении и принятии парламентских решений. Таковы политические права. Они характеризуются тем, что предоставляют управомоченному лицу возможность участвовать в формировании государственной воли. Но тогда и субъективное частное право есть политическое право, так как и оно позволяет управомоченному участвовать в формировании государственной воли. Ведь такая воля выражается индивидуальной нормой судебного решения не меньше, чем общей нормой закона. Если возможным оказывается объединение субъективного частного права с политическим правом в рамках одного понятия правомочия, то это происходит только потому, что оба этих права выполняют одну и ту же правовую функцию — обеспечение участия подчиненных нормативному порядку индивидов в создании права. Таким образом выражается нормотворческая функция. Так называемое «политическое» правомочие в узком смысле слова гарантирует участие в создании общих норм, тогда как частноправовое правомочие гарантирует участие в создании индивидуальных норм.

Если рассматривать субъективное право (в смысле правомочия) как особое проявление правотворческой функции, то полностью исчезает противоположность между объективным и субъективным правом и с особой четкостью проявляется первичный характер правовой обязанности по отношению ко вторичному характеру правомочия. Если обязанность проявляется как основная и [52] исключительная функция правовой нормы, то частноправовое правомочие предстает как институт капиталистического правового порядка либо как установление демократического правового порядка (в качестве «политического» правомочия).

25. Распутывание понятия лица

Тем самым открывается дорога к объяснению понятия правового субъекта или лица в качестве лишь вспомогательного средства мышления, дополнительного понятия. Это средство создается юридическим знанием с целью наглядной демонстрации изучаемого материала, под влиянием антропоморфно-персонифицирующего языка права. Личность есть лишь персонифицирующее обобщающее выражение для связки правовых обязанностей и правомочий, иными словами, для комплекса норм. Такое видение проблематики спасает нас от ошибочного двойного гипостазирования права как предмета познания.

а) «Физическое» лицо

В этом ракурсе возможным оказывается выполнение старого требования позитивистской теории права — рассматривать юридические и физические лица как равные по своей сущности. Вопреки тому, что утверждает традиционное учение, «физическое лицо» не есть человек. «Человек» есть не юридическое, а биолого-психологическое понятие. Оно не выражает собой некоей целостности, значимой для права или для правового познания. Ведь право воспринимает человека не в его целостности, не со всеми его духовными и телесными функциями. Право устанавливает — как обязанность или как правомочие — только вполне определенные человеческие [53] действия. Иными словами, человек принадлежит к некоему сообществу, конституируемому правовым порядком, не как нечто целое, а только в той степени, в которой его отдельные действия (бездействие) урегулированы нормами порядка этого сообщества. Только в этом случае возможна ситуация, когда человек одновременно принадлежит нескольким различным правовым сообществам, когда его поведение урегулировано несколькими разными правовыми порядками. Необходимость проведения границы между естественнонаучным понятием человека и юридическим понятием лица не означает того, что «лицо» становится неким особым видом человека, — нет, эти два понятия представляют две совершенно разнорядковые единицы. Юридическое понятие лица или правового субъекта выражает единство множества обязанностей и прав, т. е. единство множества норм, которые устанавливают эти обязанности и права. Соответствующее человеку как биологическому существу понятие «физическое лицо» является персонификацией, единым персонифицированным выражением регулирующих поведение человека норм. Лицо есть «носитель» этих обязанностей и прав, т. е. (как мы можем сказать после разоблачения представления, дублирующего субстанционный характер субъективности) общая точка вменения всех тех фактов человеческого поведения, которые нормируют обязанности и права. Равным образом, физическое лицо — это центральный пункт того частичного порядка, нормы которого устанавливают данные обязанности и права, причем индивидуализация данных норм происходит через соотнесение с поведением одного и того же человека. Это — область природной реальности, [54] вспомогательное средство для юридического познания, от которого также можно отказаться. Указанное средство облегчает описание права, но не является обязательным для такого описания. Применительно к нему речь, в конечном счете, все равно идет о регулирующих человеческое поведение нормах (в виде

обязанностей и прав). В конце концов, вопрос о том, имеет ли человек юридическую персонификацию, означает лишь то, что действия (бездействие) такого человека составляют содержание правовых норм, сформированное тем или иным образом. С учетом строго соблюдаемого разделения между понятиями человека и лица уже будет неправильным говорить о том, что право обязывает или управомочивает лиц. Обязанными и управомоченными будут именно люди. Именно человеческое поведение составляет содержание норм, а поэтому такое поведение (содержание обязанностей и прав) является не чем иным, как поведением отдельных людей.

b) «Юридическое» лицо

Так называемое юридическое лицо, как и лицо физическое, является лишь единым выражением для некоего комплекса норм, т. е. для некоего правового порядка, который регулирует поведение некоего множества людей. Речь идет либо о персонификации некоего частичного порядка (например, об уставе некоего объединения, который конституирует часть некоего сообщества, юридическое лицо объединения), либо о некоем тотальном правовом порядке, конституирующем правовое сообщество, охватывающее собой все частные сообщества, и обычно выраженном в виде государства как лица. Так же как и физическое лицо, юридическое лицо не имеет [55] естественно-реального существования. «Реальным» в таком естественном смысле будет только человеческое поведение, которое регулируется нормами, а последние могут быть классифицированы по различным основаниям. Предположение о том, что юридическое лицо является отличной от физического лица реальией, которая, как ни странно, не доступна чувственному восприятию, либо же что речь идет о некоем сверхчеловеческом, состоящем из отдельных людей социальном организме, — такое предположение представляет собой наивное гипостазирование мысленной вещи, т. е. вспомогательного средства юридического мышления. Как физическое лицо не является человеком, так и юридическое лицо не является сверхчеловеком. Обязанности и права юридического лица должны быть выражены в правах и обязанностях отдельных людей, т. е. в нормах, которые нормируют такое поведение через установление обязанностей и прав. То, что правовой порядок отдельного государства обязывает или управомочивает некое юридическое лицо, означает, что он делает предметом обязанности или правомочия поведение некоего лица, не называя при этом субъекта правомочия или обязанности. Путем делегирования полномочий от государственного правового порядка к частичному правовому порядку последний получает возможность определения соответствующего субъекта, единство которого проявляется в юридическом лице. Это — опосредованное, т. е. осуществляемое через частичный правовой порядок, обязывание или управомочивание отдельного человека.

c) Опосредованное или непосредственное обязывание или управомочивание отдельного человека

Подобное разделение функций между тотальным и частичным правовыми порядками возможно за счет того, что в человеческом поведении (которое составляет содержание правовых норм и тем самым [56] образует правовые

обязанности и правомочия) допустимо различать личностный (субъективный) и вещный (объективный) элементы, т. е. различать субъекта действия (бездействия) и само действие (бездействие): «Кто» должен совершить некий акт или воздержаться от его совершения и «Что» должно быть или не должно быть совершено? Полноценная норма определяет и то, и другое. Но возможно, что норма и определяемые ею обязанности или правомочия содержат только один из этих элементов. Такая норма будет неполноценной и будет нуждаться в восполнении через другую норму, которая дает определение недостающего элемента. Те нормы, которые — как принято выражаться — обязывают или управомочивают юридическое лицо к определенному поведению, содержат только объективный элемент, т. е. определяют действие (бездействие). Тогда как определение субъективных элементов, т. е. индивидов, которым надлежит совершить нормируемое поведение, делегируется некоей другой норме. Утверждение, согласно которому юридическое лицо обязано или управомочено, не означает по сути ничего: здесь обязываются или управомочиваются отдельные люди не напрямую, а опосредованно.

d) Центральное вменение

Обязанности и права юридического лица суть всегда обязанности и права отдельных людей, поскольку они касаются человеческого поведения. Только эти отдельные люди «обладают» правами и обязанностями не обычным (т. е. индивидуальным) способом, а коллективно. Если кто-то говорит об имуществе юридического [57] лица, то речь идет об имуществе составляющих это юридическое лицо личностей. Но этим имуществом они не могут распоряжаться так же, как своими личными вещами, — такое распоряжение устанавливается только тем частичным порядком, единство которого воплощает юридическое лицо. Если такое юридическое лицо обладает правами требования, то это означает коллективное право требования участников юридического лица. Помимо всего прочего, коллективный характер права выражается в том, что юридически значимые действия осуществляются не через отдельных лиц, а через определенный в данном частичном правовом порядке орган. Вместе с тем тот или иной человек является органом правового сообщества лишь постольку, поскольку совершаемый таким человеком акт установлен частичным правовым порядком данного правового сообщества, и тем самым данный акт соотносится с единством правового порядка. Такое отношение некоего факта к единству правового порядка обозначается как «вменение», а «лицо», следовательно, есть объект «вменения». Все акты юридических лиц суть акты людей; эти акты вменены фиктивному субъекту, который обозначается как единство или частичного, или тотального порядка. Но и такое центральное вменение является совершенно иной операцией, чем ранее упомянутое, периферийное вменение. В рамках последнего факт соотносится не с единством правового порядка, а с неким другим фактом в пределах данного порядка; иными словами, два факта связываются между собой в юридическом правиле.

e) Ограничение ответственности

Если юридическое лицо (т. е. действующий в качестве органа такого лица человек) реализует право требования, принадлежащее этому [58] юридическому

лицу (т. е. коллективное право требования тех людей, которые составляют персонифицированное в юридическом лице сообщество), то полученное в результате ценное имущество поступает в состав коллективного имущества людей, составляющих частичное правовое сообщество. Если же юридическое лицо принуждается к некоей обязанности, то это означает, что невыполнение обязанности повлечет взыскание, направленное не против индивидуального имущества отдельных лиц, а против их коллективного имущества, которое тем не менее принадлежит этим лицам. Именно в таком ограничении взыскания только коллективным имуществом индивидов (составляющих правовое сообщество, которое действует в качестве юридического лица) и заключается так называемое ограничение ответственности, составляющее характерную черту частноправового режима юридических лиц. Но это не распространяется (по меньшей мере, на первый взгляд) на юридических лиц публичного права, в особенности на государство как юридическое лицо, которое является персонификацией тотального правового порядка, объединяющего все частичные порядки; ответственность распространяется на всех входящих в состав такого тотального правового порядка физических и юридических лиц, а сам этот порядок выступает конечным адресатом центрального вменения.

f) Идеологическое значение автономии индивида и сообщества

Если «лицо» признается персонификацией некоего комплекса норм и тем самым вольно или невольно индивидуализируемой частью правового порядка, который образует органическое (т. е. системное) [59] единство всех устанавливаемых этим порядком обязанностей и правомочий, то это приводит только к кажущейся автономии индивида и сообщества. Ведь право одного лица всегда есть обязанность другого лица, одно от другого не может быть изолировано. Такая автономия в традиционной социальной философии проводится через утверждение индивида одновременно и в качестве целого, и в качестве части сообщества. Но, с точки зрения объективного правового порядка и устанавливаемых согласно такому порядку сообществ, нет независимых индивидов. Иными словами, такие индивиды просто не могут мыслиться в рамках познания, направленного на социальный порядок. Познаются только составляющие содержание такого порядка, т. е. урегулированные этим порядком, акты. Иначе это можно выразить так: в ракурсе подобного познания индивид существует только как несамостоятельная составная часть сообщества. Идея индивида как самодостаточной целостности — это такая же идеология свободы, как и специфически юридическая категория лица. Так же как конструкция индивида как несамостоятельной составной части сообщества, конструкция независимого индивида направлена на то, чтобы воздвигнуть стену против далеко идущих требований того порядка, который конституирует данное социальное сообщество, если эти требования не совместимы с определенными интересами. Индивид, находящийся в кажущемся неразрешимым конфликте с сообществом, есть не что иное, как идеология, стоящая на службе определенных интересов, борющихся против своего ограничения через коллективный порядок.

26. Универсальный характер чистого учения о праве

Если разоблачить идеологический характер субъективного права и правового субъекта, [60] если через завесу персонификаций мы проникнем к реальным правовым отношениям, то описываемое этими понятиями содержание предстанет как правовое отношение между людьми, точнее, между фактами человеческого поведения, которые в свою очередь связаны между собой через правовые нормы (т. е. через содержание правовых норм). Это и есть правовое отношение — связь между двумя фактами, один из которых состоит в правовой обязанности, а второй в правомочии; вместе эти факты устанавливают порядок человеческого поведения. Тем самым чистое учение о праве уничтожает представление о субъективном праве (в трех формах его проявления: правомочие, правовая обязанность и правовой субъект) как о некоей отличной от объективного права сущности и рассматривает субъективное право как особую структуру или персонифицирующее описание объективного права. Так, чистое учение о праве устраняет тот субъективизм в понимании права, на службе которого стоит понятие права в субъективном смысле, — такое понимание есть лишь адвокатское воззрение, рассматривающее право под углом зрения интересов сторон процесса. Здесь право понимается как значимое для отдельного лица, либо как полезное, т. е. служащее интересам такого лица, либо как вредное, т. е. угрожающее индивиду неким лишением. Этот особый подход римской юриспруденции — которая, по сути, была основана на повседневной деятельности адвокатов, дававших ответы на частные вопросы, — был воспринят одновременно с самим римским правом. Подход чистого учения о праве, напротив, является полностью объективно-универсалистским. Это учение изучает все право в целом и пытается понять каждое отдельное явление только в системной взаимосвязи со всеми другими явлениями, найти в каждой части права [61] функцию всего права в целом. В этом смысле чистое учение о праве есть поистине органический подход к пониманию права. Но если данное учение понимает право как организм, то под организмом понимается не какое-то сверхиндивидуальное, сверхэмпирическое, метафизическое единство в биологическом или психологическом смысле (такое представление преимущественно скрывает под собой эτικο-политические постулаты). Здесь имеется в виду только и исключительно следующее: право есть порядок, поэтому все правовые проблемы должны представляться и разрешаться как проблемы порядка. Тем самым теория права становится структурным анализом позитивного права, который обретает максимально возможную степень точности и освобождается от любых эτικο-политических ценностных суждений.

[62] V. Правовой порядок и его ступенчатая структура

27. Порядок как нормативная система

Право как порядок или правовой порядок есть система правовых норм. Первый вопрос, на который здесь нужно ответить, чистое учение о праве ставит следующим образом: что обосновывает единство множества правовых норм; почему некая определенная правовая норма принадлежит к некоему определенному правовому порядку?

Множество норм образует единство, систему, порядок тогда, когда действительность этих норм может быть возведена к действительности некоей одной нормы, чем создается последнее основание действительности всех этих норм. В качестве общего источника данная основная норма конституирует единство из множества всех тех норм, которые составляют некий порядок. То, что некая норма принадлежит к определенному порядку, проявляется только в том, что действительность этой нормы может быть возведена к действительности той основной нормы, которая конституирует данный порядок. В зависимости от вида основной нормы (т. е. от природы высшего принципа действительности) можно выделить два различных вида порядков (нормативных систем). Нормы одного вида «действуют» (т. е. предписываемое ими поведение считается людьми должным) в силу своего содержания, благодаря тому, что содержание норм имеет некое совершенно очевидное качество, наделяющее норму действительностью. Нормы получают такую содержательную [63] квалификацию за счет того, что могут быть возведены к некоей основной норме; по отношению к содержанию последней содержание составляющих порядок норм может быть представлено как отношение общего и частного. К такому виду норм принадлежат нормы морали. Нормы, подобные «Не лги», «Не обманывай», «Держи свое обещание» и т. п., вытекают из одной нормы — основной нормы правды. К основной норме «Люби своего ближнего» могут быть возведены другие нормы: «Не причиняй вреда другому», «Помогай в беде» и т. п. Здесь мы не увидим, какова именно основная норма некоей моральной системы. Но мы приходим к сознанию того, что многочисленные нормы морали содержатся в основной норме морали точно так же, как особое содержится в общем. В силу этого особые нормы морали могут быть выведены из общей основной нормы с помощью мысленной операции, а именно с помощью умозаключения от общего к частному. В этом аспекте основная норма имеет материально-статичный характер.

28. Правовой порядок как единство процесса создания

Иными являются нормы права. Эти нормы не действуют в силу своего содержания. Право может иметь любое содержание — нет такого человеческого поведения, которое в силу своего характера не могло бы стать содержанием правовой нормы. Действительность правовой нормы не ставится под вопрос в зависимости от того, соответствует ли содержание этой нормы некоей предопределенной материальной ценности (например, морали). В качестве правовой [64] норма действует только потому, что она была создана определенным путем, что она была принята согласно совершенно определенному правилу, что она была введена в соответствии со специфическим методом. Право действует только как позитивное право, т. е. как установленное право. Позитивность права как раз и состоит в необходимости его установленности (*Gesetzt-Sein*) и в вытекающей отсюда независимости действительности права от морали и подобных ей нормативных систем. Именно в этом заключается сущностное различие между позитивным правом и так называемым естественным правом. Нормы последнего, как и нормы морали, могут быть выведены из некоей основной нормы, которая представляется самоочевидной в силу своего содержания — как выражение божественной воли, природы или чистого разума. Напротив,

основная норма позитивного правового порядка есть не что иное, как основное правило, согласно которому создаются нормы правового порядка, — это введение некоего основного факта для процесса создания права. Такая норма есть исходный пункт процесса, она имеет исключительно формально-динамический характер. Отдельные нормы правовой системы не могут быть логически дедуцированы из данной основной нормы. Эти нормы должны быть созданы через особый установительный акт — такой акт является актом воли, а не мысли. Введение правовых норм осуществляется различными способами: путем обычая или через законодательный процесс (если речь идет об общих нормах), через судоговорение или через юридическую сделку (если говорить об индивидуальных нормах). Создание обычного права имеет совершенно иную форму, противоположную форме правоустановления; поэтому создание обычного права есть специальный случай правотворчества.

[65] Возводить различные нормы некоей правовой системы к основной норме можно через демонстрацию того, что создание отдельных норм осуществлено согласно основной норме. Если задаться вопросом о том, почему определенный акт принуждения (например, факт того, что один человек лишает свободы другого человека путем заключения его в тюрьму) принадлежит определенному правовому порядку, то ответом будет следующее: потому что данный акт был предписан через определенную индивидуальную норму, т. е. через судебный приговор. Если спросить далее, почему действует данная индивидуальная норма, то получим ответ: поскольку она была создана согласно уголовному кодексу. Если же задаться вопросом об основании действительности уголовного кодекса, то мы придем к конституции государства, согласно положениям которой уголовный кодекс был принят компетентным органом в рамках предписанной конституцией процедуры.

Если далее спросить об основании действительности конституции, на которой основываются законы и производные от законов правовые акты, то мы, вероятно, придем к прежней конституции и т. д., вплоть до исторически первой конституции, которая была введена неким единоличным узурпатором или некоей так или иначе созданной коллегией. То, что исторически первый конституционный орган выразил в качестве своей воли, наделил действительностью как норму, и есть та основная предпосылка, из которой исходит познание правового порядка, основанного на данной конституции. Принуждение должно осуществляться под теми условиями и [66] тем способом, которые были установлены первым создателем конституции, или теми инстанциями, которым он делегировал правоустановление. Это — схематичная формулировка основной нормы правового порядка (в смысле правового порядка некоего отдельного государства, о котором, собственно, мы почти исключительно и ведем здесь речь).

29. Значение основной нормы

Чистое учение о праве оперирует данной основной нормой как неким гипотетическим основанием. В ракурсе предположения о действительности такой основной нормы действует и основанный на ней правовой порядок. Данная норма наделяет смыслом долженствования акт первого законодателя и все

остальные акты правового порядка, которые основываются на этом акте. За счет этого смысла в юридическом правиле (а юридическое правило есть типичная форма представления любого позитивно-правового материала) связываются между собой правовое условие и правовое последствие. В основной норме укоренено последнее основание нормативного значения, которым обладают все факты, конституирующие данный правовой порядок. Подлежащий юридическому истолкованию эмпирический материал может быть истолкован в качестве права (т. е. как система правовых норм) только при наличии основной нормы. С фактурой этого материала (т. е. актов, которые должны быть истолкованы как правовые акты) связывается особое содержание основной нормы, которая конституирует тот или иной правовой порядок. Такая норма есть лишь выражение необходимой предпосылки для позитивного познания правового материала. Поскольку основная норма не создана в рамках правового процесса, поскольку она не установлена, она не действует как позитивно-правовая норма, а предпосылается как условие любого нормотворчества, как условие любого позитивного правового процесса. [67] Формулируя основную норму, чистое учение о праве не вводит научный метод, который был бы новым для юриспруденции. Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно, когда при изучении своего предмета отказываются от естественного права, из которого могла бы быть выведена действительность позитивного правового порядка. Речь идет о тех юристах, которые понимают позитивное право не как простой факт соотношения мотивов, а как действительный порядок, как норму. С помощью учения об основной норме чистое учение о праве через анализ фактических процессов лишь пытается раскрыть то трансцендентально-логическое условие, с которым связан привычный метод позитивного познания права.

30. Основная норма правового порядка отдельного государства

а) Содержание основной нормы

Значение основной нормы наиболее ясно обнаруживается тогда, когда правовой порядок не изменяется легальными средствами, а меняется на другой правовой порядок революционным путем. Сущность права и конституируемого правом сообщества раскрывается со всей очевидностью тогда, когда существование права ставится под вопрос. В некоем до этого времени монархическом государстве группа людей пытается встать на место легитимного правительства путем силового захвата власти и заменить прежнее монархическое правление на республиканское. Если им это удастся, если старый порядок прекращает свое существование, а новый начинает эффективно действовать, за счет чего фактическое поведение людей [68] (от которых правовой порядок ждет признания своей действительности) в общем и целом соответствует уже не старому, а новому порядку, то люди обращаются к последнему порядку как к единственному. Иными словами, люди истолковывают осуществленные в соответствии с данным порядком акты как правовые, а нарушающие данный порядок факты — как правонарушения. Предпосылается новая основная норма — не та, которая обозначает монарха в качестве нормотворческой власти, а та, которая в качестве таковой обозначает революционное правительство.

Если бы попытка переворота не удалась, возникший в результате такой попытки порядок остался бы неэффективным, фактическое поведение нормаадресатов не соответствовало бы данному порядку, то осуществленные революционерами акты должны были бы истолковываться не как создание конституции, а как преступление, как государственная измена; не как правоустановление, а как правонарушение. Такое истолкование возможно на основе старого порядка, действительность которого предпосылает ту основную норму, согласно которой монарх наделен нормотворческой властью.

Если задаться вопросом о том, с чем же связано содержание основной нормы, конституирующей тот или иной правовой порядок, то анализ конечных предпосылок юридических суждений приводит к следующему ответу: такое содержание связано с тем фактом, через который был создан порядок. Имеется в виду тот порядок, которому в той или иной степени соответствует фактическое поведение подчиненных ему людей. Речь идет об известной степени соответствия, поскольку полное и безукоризненное соответствие не требуется. Скорее, требуется даже возможность расхождения между нормативным порядком и подчиненной данному порядку сферой фактических явлений. Ведь без такой возможности нормативный порядок был бы вообще лишен смысла. [69] Нет нужды приказывать, если можно ожидать, что это случится благодаря природной закономерности. Если бы получилось основать такой социальный порядок, которому постоянно и при всех условиях соответствовало бы фактическое поведение людей, то основная норма должна была бы гласить (тем самым легитимируя любой возможный смысл): «Должно случиться то, что должно случиться» или «Ты должен то, что ты хочешь». Такого вида порядок был бы столь же бессмысленным, как порядок, которому вообще никак не соответствуют те явления, на которые он направлен, который этим явлениям полностью противоречит. Поэтому нормативный порядок, прекращающий в известной степени соответствовать реальности, утрачивает свою действительность. Действительность правового порядка, который регулирует поведение определенных людей, всегда связана с фактом соответствия реального поведения данных людей этому правовому порядку. Как принято говорить, действительность этого порядка стоит в известном отношении зависимости от его действительности. Такое отношение (если использовать образ, можно его обозначить как напряжение между должным и сущим) не может быть обозначено иначе, как через указание некоего верхнего и нижнего порога. Возможность соответствия не должна превышать определенного максимума и не должна опускаться ниже определенного минимума.

b) Действительность и действенность правового порядка (право и сила)

Понимание этого отношения зависимости вполне может привести к отождествлению [70] действительности правового порядка с его действенностью, т. е. с тем, что человеческое поведение в известной степени соответствует тому правовому порядку, который его регулирует. Но постоянно предпринимающаяся попытка такого отождествления, кажущаяся привлекательной за счет существенного упрощения теоретической ситуации, все же обречена на провал. Когда действительность — т. е. специфическое бытие права — ищется в природной реальности, то оказывается невозможным познать тот собственный смысл

права, через который право обращается к данной реальности и через который оно противопоставляет себя этой реальности. Сама реальность не тождественна действительности права и поэтому может как соответствовать, так и не соответствовать праву. Как невозможно абстрагировать действительность права от реальности, так невозможно и отождествить их. Если на место понятия реальности (понимаемой как реальность правового порядка) поставить понятие власти, тогда проблема соотношения действительности и реальности правового порядка совпадает с широко обсуждаемой проблемой соотношения права и власти. В таком случае то решение, которое мы пытаемся здесь найти, является лишь научно выверенной формулировкой старой истины: право не может существовать без власти, но при этом оно не тождественно власти. В смысле развиваемой здесь теории право есть определенный порядок (или организация) власти.

с) Международное право и основная норма правового порядка отдельного государства

Через утверждение о том, что действительность некоего правового порядка в качестве условия имеет определенную действенность (т. е. известное [71] отношение соответствия), мы выражаем лишь содержание некоей позитивной правовой нормы, причем не нормы государственного правового порядка, а нормы международного права. Как будет продемонстрировано ниже, международным правом легитимируется фактически существующая власть и оправдывается устанавливаемый этой властью принудительный порядок — в той степени, в которой такой порядок реально обладает действенностью. Данный принцип эффективности, являющийся правовым принципом международного права, действует как основная норма различных правовых порядков отдельных государств — введенная исторически первым законодателем конституция действительна только при условии, что она действительна, что базирующийся на ее установлениях правовой порядок в общем и целом соответствует реальности. Равным образом и правительство, установленное в результате революции или государственного переворота, с точки зрения международного права рассматривается как легитимное, только если оно способно обеспечить длящееся повиновение издаваемым данным правительством нормам. Это означает, что непосредственный международный правовой порядок (иными словами, некое сообщество, конституируемое таким правовым порядком как государство) может действовать как легитимный обязательный правовой порядок применительно к любой сфере, где такой порядок обеспечивает длительное подчинение. Точнее, применительно к любой сфере, которая в общем и целом соответствует данному порядку.

Но если норму, конституирующую правовой порядок отдельного государства, признавать в качестве позитивной правовой нормы (а это происходит в случае, когда международное право рассматривается как стоящее над государственным правовым порядком, как наделяющее такой порядок действительностью), то речь уже не может идти о [72] некоей основной норме (в разъясняемом здесь специфическом смысле никем не установленной, но при этом мысленно предпосылаемой) отдельного государственного правового порядка. В этом отношении мы должны говорить об основной норме именно как о базе

международного права. Международно-правовой принцип эффективности может действовать только как относительная основная норма того или иного государственного правового порядка. Если исходить из примата международного права, то проблема основной нормы становится проблемой последнего основания действительности всеобщего правового порядка, что охватывает все правовые порядки отдельных государств. К этому мы еще вернемся ниже.

d) Действительность и действенность отдельной правовой нормы

Действительность некоего правового порядка как закрытой системы правовых норм зависит от действенности такого порядка, т. е. от того, соответствует ли в общем данному порядку та реальность, на которую он распространяется, к которой он относится как целое к своему содержанию. Но из этого тезиса не следует, что действительность отдельной правовой нормы находится в том же самом отношении зависимости от действенности такой нормы. Действительность всего правового порядка не страдает от того, что отдельная норма данной системы не является действенной. Такая норма остается действительной в той степени, в которой ее создание соответствовало процедуре, установленной данным порядком. Ответ на вопрос о действительности отдельной нормы в рамках правовой системы можно дать через отсылку к действительности той первой конституции, которая обосновывает действительность всех норм. [73] Если такая конституция действительна, то действительными будут считаться и созданные согласно этой конституции нормы. Международно-правовой принцип эффективности относится непосредственно только к первой конституции государственного правового порядка и поэтому только к целому порядку, а не к каждой его отдельной правовой норме. В возможной независимости действительности отдельной правовой нормы от ее действенности вновь проявляется необходимость раздельного рассмотрения этих двух понятий.

Так же как международное право, правовой порядок отдельного государства может возводить принцип эффективности в ранг позитивного правового принципа данного порядка — за счет этого достигается зависимость действительности отдельных норм от их действенности. Это происходит, например, в случае, когда конституция (в материальном смысле) в качестве источника права называется (или допускает) обычай наряду с законодательством. Тогда норма права, установленная в виде обычая, может утратить свою силу в результате длительного неупотребления. Но речь идет об утрате силы некоей действующей нормы. Вновь принятый закон начинает «действовать» до того, как он в общем и целом обретет действенность. Если здесь не действует принцип дерогации, то неприменение закона представляет собой нерелевантный для права факт. При таких обстоятельствах действительность и действенность не могут отождествляться.

31. Ступенчатое строение правового порядка

a) Конституция

Анализ позитивного правосознания, раскрывающий функцию основной нормы, подчеркивает необходимость [74] особенной черты права, которая заключается в том, что право регулирует процесс своего создания. Это происходит через процессуальную правовую норму, которая регулирует создание другой

правовой нормы, а также (в разной степени) и содержание создаваемых норм. В перспективе динамического характера права норма действует постольку, поскольку она создана определенным, установленным другой нормой способом. Вторая норма служит в этом отношении основанием действительности для первой. Отношение между нормой, устанавливающей процесс создания другой нормы, и нормой, которая была создана согласно этому процессу, может быть представлено в ракурсе соотношения выше- и нижестоящего порядков. Та норма, что устанавливает порядок создания, будет вышестоящей, а создаваемая норма — нижестоящей. Поэтому правовой порядок не есть система равноположных, равных друг другу правовых норм — это ступенчатый порядок, состоящий из различных слоев правовых норм. Единство этих норм проявляется через их взаимосвязь, очевидную через то, что создание и, следовательно, действительность одних норм производны от других норм, порядок создания которых в свою очередь произведен от других норм. Этот регресс, в конечном счете, завершается в основной норме, которая есть гипотетическое основное правило и поэтому высшее основание действительности, обуславливающее единство процесса создания норм.

Ступенчатое строение правового порядка (если рассуждать здесь только о правовом порядке отдельного государства) может быть представлено следующим образом. Если мы постулируем основную норму (смысл такой мысленной предпосылки уже был раскрыт выше), то высшей позитивно-правовой [75] ступенью будет конституция (в материальном смысле). Основная функция конституции состоит в том, чтобы регулировать статус нормотворческих органов и общий процесс нормотворчества, т. е. регулировать законодательный процесс. Конституция также может определять содержание существующих законов — позитивные конституции нередко делают это путем предписывания или запрета определенного содержания для законов. В первом случае издаваемым законам предшествует некое общее программное заявление, хотя с юридико-технической точки зрения содержание, предписанное подданным таким общим заявлением, будет плохо связано с санкцией за нарушение. Более эффективно конституция может препятствовать введению определенного содержания в законы. Типичной составной частью современных конституций является каталог основных прав и свобод, которые по своей сути являются не чем иным, как таким негативным утверждением. Гарантированные конституцией равенство перед законом, личная свобода, свобода совести и т. д. — не что иное, как запрет таких законов, которые в тех или иных отношениях ставят подданных в неравное положение либо вторгаются в те или иные сферы личной свободы. С юридико-технической точки зрения таким запретам можно придать действенность путем возложения личной ответственности за издание неконституционного закона, если это ответственность вовлеченного в процесс принятия закона органа (главы государства, министра), либо же путем введения возможности оспаривания и отмены такого закона. Здесь также предполагается, что не будет иметь силы тот простой закон, процесс принятия и содержание которого противоречат конституционному закону. Законы последнего типа могут быть изменены или отменены только при [76] соблюдении особых условий, таких как квалифицированное большинство, повышенные требования к кворуму и т. п. Это означает, что для внесения в конституцию изменений или

для ее отмены должен быть предписан особый процесс, отличный от обычного законодательного процесса, что наряду с формой закона также должна существовать особая форма конституции.

b) Законодательство, понятие источника права

Следующей за конституцией ступенью является ступень общих норм, созданных в результате законодательного процесса. Функция таких норм состоит не только в регламентации процесса и статуса органов, но и в определении содержания индивидуальных норм, которые обычно вводятся через суды и административные органы. Основное значение конституции заключается в регулировании процесса, в рамках которого создаются законы; при этом само содержание законов обычно определяется лишь в очень незначительной степени. Задачей законодательства также является определение процесса принятия и содержания судебных и административных актов. Обретающее законодательную форму право есть как материальное, так и формальное (процессуальное) право. Наряду с уголовным кодексом и гражданским уложением существуют уголовно-процессуальный и гражданско-процессуальный кодексы, наряду с административными законами существуют законы, касающиеся административного процесса. Соотношение конституции и закона, по сути, схоже с соотношением закона и судебного решения (или управления), но иным является соотношение формального и материального определения [77] нижестоящих норм через нормы вышестоящие. В первом случае формальный момент перевешивает материальный, во втором случае между ними устанавливается равновесие.

Ступень общего правотворчества, урегулированная в конституции, в структуре позитивного государственного порядка обычно разделяется далее на две или более ступеней. Здесь мы акцентируем внимание лишь на имеющем особое значение разделении между законом и указом. Конституция передает создание общих правовых норм избранному народом парламенту, но допускает дальнейшую реализацию законов через издание общих норм со стороны административных органов либо же в особых, исключительных случаях дает правительству право на издание всех необходимых или специально оговоренных общих норм. Исходящие не от парламента, а от административных органов общие нормы обозначаются как указы — они направлены на реализацию или на замену законов. Последние называют указами, обладающими силой закона. Тем самым вводится, как и в случае с формой конституции, особая законодательная форма. В таком случае говорят о законе в формальном смысле, проводя различие с законом в материальном смысле. Под последним понятием имеется в виду любая общая правовая норма; под законом в формальном смысле понимают либо правовую норму в форме закона (принятую парламентом согласно определенным процедурам и промульгированную особым способом), либо вообще любое принимающее такую форму содержание. Поэтому выражение «закон в формальном смысле» является неоднозначным. [78] Однозначно только понятие формы закона, через которую могут быть выражены не только общие нормы, но и любое иное содержание.

Чтобы не усложнять ситуацию, здесь мы не будем затрагивать обычай и рассмотрим только случай создания общих конституционных норм, а также соответствующего с конституцией создания иных общих норм через правовые установления. Два указанных вида норм обычно обозначают понятием «источник

права»; это образное выражение, и поэтому оно неоднозначно. Данное понятие может обозначать два различных метода: во-первых, целенаправленное создание общих норм, осуществляемое через центральные органы, и, во-вторых, бессознательное, децентрализованное нормотворчество со стороны самих участников правового общения. Этим понятием можно также обозначать основы действительности правового порядка — то, что здесь мы выражаем с помощью понятия основной нормы. Но в более широком смысле «источник права» означает вообще любую правовую норму — не только общую, но и индивидуальную, поскольку из последней (как и из объективного права) образуется право в субъективном смысле, т. е. правовые обязанности или правомочия. Так, судебное решение является источником для возложения особых обязательств на одно лицо и наделения другого лица корреспондирующими правомочиями. Такая неоднозначность термина «источник права» позволяет считать его непригодным. Вместо образных выражений лучше будет четко и непосредственно обозначить ту проблему, для которой мы ищем решение. Здесь возникает вопрос об общей норме как об «источнике» индивидуальной нормы.

[79] с) Судоговорение

Общая норма, которая связывает с неким абстрактным фактом столь же абстрактное последствие, нуждается (чтобы иметь вообще какой-то смысл) в индивидуализации. Необходимо установить, существует ли в конкретной реальности тот факт, о котором абстрактно вещает общая норма; для данного конкретного случая должен быть введен конкретный акт принуждения, т. е. должно быть установлено и реализовано то, что уже абстрактно предписано общей нормой. Это происходит посредством судебного решения, в чем и заключается функция так называемого судоговорения или судебной власти. Данная функция (равно как и терминология, подобная словам «правоговорение», «правонахождение») не может истолковываться в качестве простого декларирования уже существующего, как это принято в теории, — как будто в законе (т. е. в общей норме) уже содержалось готовое право, которое должно быть лишь высказано или найдено через судебное решение. Функция так называемого судоговорения гораздо более конститутивна, она заключается в правотворчестве в собственном смысле этого слова. Если мы имеем некий конкретный факт, который должен быть и будет связан с неким специфическим правовым последствием, то такая связка осуществляется прежде всего через судебное решение. Как в своей общности два факта связываются между собой через закон, так и в своей конкретике они должны быть связаны между собой через судебное решение. Поэтому судебное решение есть индивидуальная правовая норма, есть индивидуализация и конкретизация общей или абстрактной правовой нормы, есть перенос длящегося [80] процесса нормотворчества из сферы общего в сферу индивидуального. Данное воззрение могло быть затемнено только предрассудком, согласно которому все право заключено в общих нормах, только ошибочным отождествлением права с законом.

d) Юстиция и управление

Подобно судоговорению, управление может рассматриваться как индивидуализация и конкретизация законов, а именно административных законов.

Большая часть того, что обычно называют государственным управлением, в функциональном плане ничем не отличается от того, что называют правосудием или юстицией, поскольку в управлении процесс реализации государственных целей через управленческий аппарат технически происходит точно так же, как через суды. В обоих случаях достигается социально желательное (точнее, рассматриваемое в качестве такового законодателем) состояние, а в случае противного поведения государственные органы реагируют на него актом принуждения, — иными словами, подданные юридически обязываются к социально желательному поведению. Нет никакой сущностной разницы в том, будет ли достоинство человека защищено через угрозу судебного преследования нарушителя, либо же безопасность человека в дорожном движении будет гарантирована штрафами, которые налагаются административными органами на водителей, превышающих допустимую скорость. Если в одном случае говорят о юстиции, во втором — об управлении, то различие заключается только в организационном, исторически объяснимом положении судьи, а именно [81] в его независимости, которая, как правило (если не вообще), не предоставляется административным органам. Сущностное сходство состоит в том, что в обоих случаях государственная цель осуществляется только опосредованно. Функциональная разница между юстицией и управлением заключается только в том, что государственная цель реализуется государственными органами напрямую. Государственный орган, которому это вменено в обязанность, напрямую устанавливает социально желательное состояние, когда, как говорят, государство (т. е. его орган) строит или эксплуатирует школы и железные дороги, осуществляет уход за больными в госпиталях и т. п. Действительно, такое непосредственное управление по сути своей отличается от правосудия, хотя между ними и есть сходство в том, что реализация государственных целей осуществляется опосредованно, и поэтому в обоих случаях мы имеем дело с опосредованным управлением. Если бы управление и юстиция были двумя разными функциями, то первое могло быть противопоставлено второму именно как непосредственное управление. Для корректной в понятийном отношении систематизации функций права нужно проводить границу не там, где она сегодня обычно проводится. Эту границу принято проводить в рамках исторически сложившейся организации правового механизма, согласно предписаниям законодательства разделенного на две относительно изолированные по отношению друг к другу группы органов, которые выполняют по большей части схожие функции. Правильное понимание природы этих функций, замена деления юстиции и управления на деление между непосредственным и опосредованным государственным управлением не должны остаться без влияния на саму систему организации власти.

[82] *е) Сделка и правоприменительный акт*

Индивидуализация и конкретизация общих норм осуществляются в различных областях права, например, в области гражданского права; но там это происходит не непосредственно через акт государственного органа, каким является судебное решение. Среди применяемых судами норм гражданского права наряду с законом и судебным решением находится сделка, которая выполняет индивидуализирующую функцию по отношению к определенному

факту. Получая такое правомочие через закон, стороны устанавливают для себя конкретные нормы взаимного поведения. В свою очередь эти нормы устанавливают поведение сторон по отношению друг к другу; нарушение таких норм образует факт, подлежащий установлению с помощью судебного решения. Данное решение дает возможность принудительного применения последствий правонарушения.

Последней фазой правотворческого процесса, который начинается с принятием конституции, является реализация акта принуждения в качестве последствия правонарушения.

f) Относительность противопоставления правотворчества и правоприменения

Изучение ступенчатого строения правового порядка демонстрирует, что противопоставление правотворчества (или создания права), с одной стороны, и реализации права (или правоприменения) — с другой, отнюдь не имеет того абсолютного характера, который традиционное учение о праве придает этому столь важному для себя противопоставлению. Большинство правовых актов являются одновременно и актами правотворчества, и актами реализации права. С любым из таких актов одновременно реализуется некая норма высшего порядка и создается некая норма [83] низшего порядка. Так, изначальный акт создания конституции — высший акт правотворчества — предстает как реализация основной нормы; законодательство — создание общих норм — как реализация конституции; судебное решение или административный акт, вводящие индивидуальные нормы, — как реализация закона; применение акта принуждения — как реализация административных приказов и судебных решений. Впрочем, акт принуждения имеет чисто правоприменительный характер, равно как изначально установленная основная норма имеет исключительно нормотворческий характер. Все, что находится между этими двумя крайностями, есть одновременно и правотворчество, и правоприменение. Особенно это касается сделки, которая в качестве акта правотворчества противопоставляется традиционному учению о сделке как акту правоприменения законодательства. Само законодательство, как и сделка, является одновременно и правотворчеством, и правоприменением.

g) Положение международного права в ступенчатом устройстве права

Если признать, что существует не только правовой порядок отдельного государства, но множество других правовых порядков, скоординированных и разграниченных по сферам действия; если далее признать (что ниже еще предстоит доказать), что координацию и разграничение сфер действия государственных правовых порядков осуществляет именно международное право, то последнее следует понимать как правовой порядок, стоящий над государственными правовыми порядками и соединяющий их в единое [84] универсальное правовое сообщество. Тем самым гарантируется объяснение единства права как системы расположенных в ступенчатом порядке правовых уровней, следующих друг из друга.

h) Конфликт между нормами различных уровней

Кажется, что единство ступенчато устроенного правового порядка поставлено под вопрос, если некая нижестоящая норма не соответствует определяющей ее норме высшего уровня либо в том, что касается порядка создания,

либо применительно к содержанию этих норм, если, иными словами, она противоречит установленному порядку взаимоподчиненности. Здесь мы сталкиваемся с проблемой нормы, противоречащей другой норме (неконституционный закон, незаконный указ, противоречащие закону или указу судебные решения или административные акты). Нужно задаться вопросом: чем же тогда гарантируется единство правового порядка как логически закрытой системы норм, если две разнопорядковые нормы этой системы оказываются в логическом противоречии? Как одновременно действительными будут конституция и противоречащий ей закон, закон и противоречащее ему судебное решение? Не приходится сомневаться в том, что в позитивном праве встречаются такие случаи. Позитивное право считается с наличием противоправного права и подтверждает его существование тем, что вводит многочисленные процедуры, с помощью которых можно устранить или ограничить такое право. Но если позитивное право делает это, если по тем или иным причинам оно допускает действие нежеланной нормы в качестве права, то тем самым позитивное право, собственно, и лишает такую норму признака [85] противоправности. Действительно, создается впечатление, что явление, которое мы обозначили как норму, противоречащую другой норме (неконституционный закон, незаконное решение и т. п.), приводит к логическому противоречию между выше- и нижестоящей нормами. И тогда единству правового порядка приходит конец. Но это совершенно не так.

Если вообще возможен неконституционный закон, т. е. действующий закон, который либо по порядку своего создания, либо по своему содержанию противоречит установлениям действующей конституции, такое положение дел может быть истолковано только так, что конституция «желает» не только действительности соответствующего конституции закона, но и в некоем смысле также действительности «противоречащего конституции» закона. В противном случае не могло бы быть и речи о «действительности» последнего. Стремление конституции к действительности так называемого противоречащего конституции закона обнаруживается в том, что конституция предписывает не только то, что законы должны создаваться определенным способом, иметь или не иметь определенное содержание, но и то, что закон, созданный с нарушением процедуры или имеющий пороки в своем содержании, ни в коем случае не должен рассматриваться как ничтожный. Такой закон должен действовать до того, как он будет признан недействительным соответствующей инстанцией, скажем, конституционным судом. Здесь даже не так важно то, что конституция эксплицитно предписывает некое минимальное условие (например, опубликование в официальной парламентской газете), [86] при наличии которого даже суды обязаны применять в качестве действительной считающуюся законом норму вплоть до ее отмены. Важнее то, что большинство конституций вообще не предусматривают процедуры отмены неконституционных законов, ограничиваясь возможностью привлечь к персональной ответственности определенный орган (скажем, главу государства или министра) за принятие неконституционного закона. Хотя от этого действительность самого неконституционного закона никоим образом не страдает. То, что обозначается как «противоречие закона конституции», не является поэтому логическим противоречием, в котором содержание закона оказалось бы по отношению к конституции; это

установленное конституцией условие для начала процедуры, которая ведет либо к отмене закона, действительного до момента аннулирования (и поэтому в этом отношении соответствующего конституции), либо к наложению взыскания на тот или иной орган. Положения конституции, касающиеся порядка создания и содержания законов, могут быть поняты только в тесной взаимосвязи с тем, что относится к «нарушению» этих положений, т. е. к тем положениям, которые либо созданы в ином порядке, чем установлено, либо имеют иное содержание, чем предписано. С этой точки зрения обе разновидности таких правовых положений представляют собой единство. Положения конституции, касающиеся законодательства, имеют характер альтернативных, хотя за составляющими альтернативную пару положениями не признается одинаковой ценности. Дифференциация происходит через дисквалификацию второго из альтернативных положений в пользу первого. Такая [87] дисквалификация проявляется через то, что закон, соответствующий даже не первому, а второму из альтернативных положений, в силу конституции провозглашается оспоримым, либо же конституция указывает на наказуемость соответствующего органа за принятие такого закона. Из того, что «противоречащая норме» норма может быть отменена или некий орган может подвергнуться наказанию за создание такой нормы, следует, что «противоречие норме» («противоречие конституции», «противоречие закону») лучше обозначить как «неполноценность» или «ошибочность» нормы.

Совершенно аналогично обстоит дело с так называемым незаконным указом или судебным решением, административным актом, противоречащим закону или указу. Здесь мы не рассматриваем случай полной ничтожности, когда подобные акты имеют только видимость правовой нормы, но юридически их не существует. Через эти решения или акты создается некая индивидуальная норма, которая в силу закона рассматривается в качестве действующей и поэтому законной до того момента, пока в рамках предписанного законом процесса она не будет отменена по причине предполагаемого противоречия закону. Закон содержит не только предписание о том, что судебное решение или административный акт должны приниматься в определенном порядке и иметь определенное содержание. В законе также закреплено положение, согласно которому индивидуальная норма, созданная иным способом или имеющая иное содержание, будет оставаться в силе, пока не будет отменена в рамках определенного процесса по причине ее противоречия упомянутому в предыдущем предложении предписанию. Если такой процесс не может быть начат либо если такого процесса вообще не предусмотрено, то нижестоящая норма возрастает в [88] «юридической силе» до уровня вышестоящей нормы. Иными словами, несмотря на содержание, противоречащее вышестоящей норме, нижестоящая норма остается действующей в силу принципа юридической силы, введенного вышестоящей нормой. Смысл вышестоящей нормы, которая определяет порядок создания и содержание нижестоящей нормы, нельзя понять без учета того положения, которое вышестоящая норма вводит на случай нарушения предусмотренных ею порядка создания и содержания нижестоящей нормы. Такое определение нижестоящей нормы через вышестоящую обнаруживает — как в отношении между общим законом и индивидуальным судебным или административным актом — характер альтернативного предписания. Если индивидуальная норма соответствует первому из альтернативных

положений, то она является полноценной; если же она соответствует второму положению, то она менее ценна; иными словами, она может быть отменена по причине своей ущербности. Третьей возможности не дано — норма, которая не является оспоримой, может быть либо окончательно действительной, либо ничтожной, т. е. быть не нормой, а лишь видимостью нормы. Благодаря альтернативному характеру вышестоящей нормы, определяющей нижестоящую норму, исключается возможность реального логического противоречия между ниже- и вышестоящей нормами. Ведь противоречие в отношении первого из двух альтернативных предписаний, из которых в целом состоит вышестоящая норма, не является противоречием по отношению к самой этой норме, состоящей из альтернатив. Подлежащее доказыванию в рамках установленного процесса противоречие нижестоящей нормы по отношению к первому из альтернативных положений проявляется только тогда, когда такое противоречие будет установлено [89] компетентной инстанцией. Любое другое мнение о кажущемся противоречии будет юридически нерелевантным. В сфере права такое «противоречие» проявляется одновременно с отменой противоречащей нормы. Так называемое «противоречие норме» некоей другой нормы, которая по тем или иным причинам считается действительной, фактически — если не говорить о персональной ответственности принявшего ее органа, которая, впрочем, не затрагивает действительность самой данной нормы — является не чем иным, как возможностью ее отмены по определенным основаниям; иными словами, либо оспоримостью такой нормы через иной правовой акт, либо ее ничтожностью. А ничтожность означает отрицание за ней (в ходе правового познания) характера действительной нормы, разрушение кажущейся действительности этой нормы. «Противоречащая норме» норма есть либо только оспоримая, т. е. остающаяся действительной вплоть до ее отмены, и поэтому она будет законной, либо же она ничтожна, и тогда это не норма. Нормативное познание не терпит противоречия между двумя нормами одной и той же системы. Возможный конфликт между двумя действительными нормами, расположенными на разных ступенях правового порядка, разрешает само право. Поэтому единству ступенчато устроенного правового порядка не угрожает логическое противоречие.

[90] VI. Толкование

32. Причина и предмет толкования

Из понимания ступенчатого устройства правового порядка мы извлекаем очень значимые следствия для проблемы толкования. Толкование есть духовная деятельность, которая сопровождает процесс нормотворчества в его движении от вышестоящей к нижестоящей ступени (а эта ступень, в свою очередь, обусловлена вышестоящей). В обычном случае, случае толкования закона, необходимо ответить на вопрос о том, как из общей нормы закона выводится соответствующая тому или иному конкретному факту индивидуальная норма судебного решения или административного акта. Но существует также толкование конституции, при котором необходимо применить конституцию в рамках законодательного процесса, при издании чрезвычайного указа или при реализации иных непосредственно конституционных актов. Это означает

применить конституцию к одной из нижестоящих ступеней. Есть также толкование индивидуальных норм, судебных решений, административных указаний, сделок и т. п., — короче, всех норм, которые должны быть выведены из вышестоящих норм в той мере, в которой процессы нормотворчества и нормоприменения переходят из норм одного уровня к нормам другого уровня.

33. Релятивная неопределенность нижестоящей ступени права по отношению к вышестоящей

Отношение между выше- и нижестоящей ступенями правового порядка, — например, между конституцией [91] и законом, между законом и судебным решением — является отношением определения или связывания: норма вышестоящей ступени регулирует (как было показано выше) акт, через который создается норма нижестоящей ступени (либо реализуется акт фактического исполнения, если речь идет только о таком акте). Вышестоящая норма при этом определяет не только процесс, согласно которому должна быть создана нижестоящая норма, но, возможно, и содержание создаваемой нормы.

Такое определение никогда не будет полным. Норма вышестоящей ступени не может определить во всех отношениях тот акт, через который данная норма будет реализована. Всегда останется большее или меньшее пространство для усмотрения, так что вышестоящая норма по отношению к осуществляемому через нее акту нормотворчества или нормоприменения будет иметь лишь рамочный характер, будет заполняться содержанием этих нижестоящих актов. Даже предписание, касающееся строго определенного действия, оставляет полную свободу определения исполняющему такое предписание лицу. Если орган *A* выносит постановление, согласно которому орган *B* должен задержать подданного *C*, то орган *B* сам, по своему усмотрению решает, где и когда будет осуществлен акт задержания. Такое решение зависит от внешних обстоятельств, которые выносящий постановление орган не предусмотрел и в большинстве случаев не может предусмотреть.

34. Намеренное оставление нижестоящей ступени в неопределенности

Отсюда следует, что любой правовой акт, реализующий некую норму, — будь то акт нормотворчества или нормоприменения — [92] лишь частично определяется такой нормой, а в другой части остается неопределенным. Неопределенность может относиться как к обусловливающему факту, так и к обусловленному последствию, относиться и к вопросу «Как?», и к вопросу «Что?», которые решаются применительно к данному акту. Неопределенность может быть намеренно созданной, т. е. введенной согласно намерению органа, создающего вышестоящую норму. Так, установление некой совершенно общей нормы (по ее сущности) осуществляется лишь при условии, что создаваемая в процессе реализации этой нормы индивидуальная норма продолжает процесс ступенчатого нормативного определения. В этом смысле индивидуальная норма продолжает ступенчатое раскрытие общей нормы. То же самое происходит в случае делегирования полномочий. Некий санитарно-эпидемиологический

закон определяет, что в случае распространения эпидемии жители некоего города под угрозой штрафа обязаны принять некие меры, чтобы препятствовать распространению болезни. Соответствующий административный орган будет уполномочен определять такие меры, осуществляемые тем или иным образом в зависимости от вида болезни. В случае совершения определенного преступления уголовный закон предусматривает либо денежный штраф, либо лишение свободы, оставляя судье применительно к конкретному случаю выбрать то или иное наказание, установив точную меру этого наказания, для чего в самом уголовном законе установлены верхний и нижний пределы наказания.

35. Непреднамеренное оставление нижестоящей ступени в неопределенности

Вместе с тем неопределенность правового акта может быть и непреднамеренным следствием той нормы, [93] которая должна быть реализована через этот акт. В первую очередь здесь нужно указать на многозначность слов или словесных конструкций, через которые выражена норма; это ситуация, когда дословный смысл нормы неоднозначен и лицо, которое должно исполнить предписание нормы, стоит перед множеством возможных значений. Схожая ситуация возникает тогда, когда правоприменитель считает возможным допустить возможность расхождения между дословным выражением нормы и волей законодателя, что выражается в этой норме; при этом может остаться непонятным, каким образом может быть установлена эта воля. В любом случае, возможно обнаружить такую волю через другие источники, исследовать использованные в норме словесные выражения и после этого отбросить буквальное содержание нормы как не соответствующее воле законодателя. Традиционной юриспруденцией практически повсеместно признается возможность того, что так называемая воля законодателя или намерение сторон сделки могут не соответствовать тем словам, с помощью которых выражены закон или сделка. Расхождение между волей и ее выражением может быть как полным, так и частичным. Последнее имеет место, когда воле законодателя или сторон сделки соответствует по меньшей мере одно из многочисленных значений нормы в ее буквальном смысле. Неопределенность правового акта, который должен осуществиться в силу некоей нормы, может быть следствием того факта, что две нормы, претендующие на равную юридическую силу (например, нормы одного и того же закона), частично или полностью [94] противоречат друг другу. Выше мы уже обсудили вопрос о том, как сохраняется единство правового порядка при конфликте между нормами высшей и низшей ступеней, т. е. проблеме нормы, противоречащей другой норме.

36. Норма как рамка, в которой есть множество возможностей применения

Во всех случаях намеренной или непреднамеренной неопределенности норм нижестоящей ступени в вопросе применения остается выбор между несколькими возможностями. Реализующий норму правовой акт может быть сконструирован так, что будет соответствовать одному из различных буквальных значений правовой нормы; будет применять либо буквально выраженную

волю законодателя, либо иное выражение этой воли; будет отвечать одной из двух противоречащих друг другу норм либо же будет исходить из того, что обе противоречивые нормы сразу прекратили свое действие. Во всех этих случаях реализуемая норма представляет собой лишь рамку, внутри которой дано множество возможностей применения. Поэтому указанной норме будет соответствовать любой акт, который находится в пределах данной рамки, который наполняет эту рамку тем или иным возможным смыслом.

Если под «толкованием» понимать установление смысла применяемой нормы, то результатом такой деятельности может быть только установление той рамки, которую представляет собой толкуемая норма, а также изучение множества возможностей, заданных в пределах такой рамки. Поэтому толкование закона не должно с необходимостью приводить к некоему [95] одному решению, понимаемому как единственно верное. Толкование может вести к множеству решений, каждое из которых (поскольку оно соотносится с применяемой нормой) обладает равной ценностью по отношению к другим. Однако лишь одно из этих возможных решений станет частью позитивного права благодаря реализуемому через судебное решение акту. То, что судебное решение основано на законе, в действительности означает, что данное решение находится в пределах той рамки, которую представляет собой закон; но это совсем не означает того, что такое решение является единственно возможной индивидуальной нормой в рамке соответствующей общей нормы.

Тем не менее традиционная юриспруденция полагает, что от толкования можно ожидать не только установления рамки реализуемого правового акта, но и наполнения такой рамки. Подобное наполнение полагается в качестве следующей задачи толкования и даже мыслится как основная задача толкования. Толкование должно развить такой метод, который позволит правильно наполнять установленную рамку нормы. Повсеместно распространенная теория толкования хочет заставить нас поверить в то, что применяемый в конкретном случае закон всегда может предложить только *одно* правильное решение, что позитивно-правовая «правильность» такого решения основывается на самом законе. Данная теория представляет процесс толкования так, как если бы речь шла об интеллектуальном акте уяснения или познания, как если бы толкователь должен был использовать только свое мышление, но не свою волю; как если бы среди множества возможных значений можно было с совершенной очевидностью сделать правильный юридический выбор, соответствующий позитивному праву.

[96] 37. Так называемые методы толкования

Вместе с тем, с точки зрения позитивного права, нет критерия, на основании которого в рамках применяемой нормы можно было бы отдать предпочтение одной из имеющихся альтернатив. В конечном счете, нет никакого метода, достойного характеристики позитивно-правового метода, согласно которому среди множества вербальных значений нормы можно было бы указать на одно как на «верное». При этом, разумеется, мы можем исходить из того, что есть множество возможных, т. е. сопряженных с другими нормами закона или правового порядка, вариантов толкования смысла. Несмотря на все попытки традиционной юриспруденции, ей до сих пор не удалось объективно разрешить конфликт

между волей и ее выражением в пользу первой или второго. Все созданные до настоящего времени методы толкования приводят только к возможному, но не к единственно верному результату. С точки зрения позитивного права одинаково допустимо и пренебрегать буквальным смыслом в пользу конструируемой воли законодателя, и строго держаться буквального смысла, не заботясь при этом об обнаружении (как правило, проблематичном) воли законодателя. Если мы оказываемся в ситуации противоречия друг другу двух равных по юридической силе норм, то перед нами снова те же самые три вышеупомянутые логические возможности применения нормы, каждая из которых с точки зрения позитивного права равна двум другим. Бесполезно пытаться «юридически» утвердить одну из этих возможностей за счет исключения двух других. То, что обычно используемые приемы толкования — аргумент от [97] противного и аналогия — совершенно бесполезны, очевидно вытекает хотя бы из того, что каждый из этих приемов приводит к противоположному результату и что нет никакого критерия для применения того или иного результата. Принцип так называемого взвешивания интересов является лишь одной из формулировок проблемы, но не позволяет ее решить. Нет никакой объективной мерки, с помощью которой можно было бы сравнить друг с другом противостоящие интересы и тем самым решить конфликт интересов. Вопреки учению о так называемом взвешивании интересов такую мерку нельзя извлечь ни из толкуемой нормы, ни из содержащего эту норму закона, ни из всего правового порядка в целом. Идея о необходимом характере «толкования» доказывает свою несостоятельность хотя бы тем, что применяемая норма или система норм зачастую оставляют множество вариантов толкования. Иными словами, здесь не решается вопрос о том, какой из задействованных интересов более ценен. Решение такого вопроса об определении относительной ценности интересов, скорее, оставлено за первым из актов индивидуального нормотворчества, например за судебным решением.

38. Толкование как акт мышления или как акт воли

Лежащее в основе традиционного учения о толковании представление, согласно которому определенность, отсутствующая в применяемой норме по отношению к тому акту, через который она реализуется, может быть получена как знание уже существующего права, является самообманом. Этот самообман также внутренне противоречив, поскольку идет вразрез с [98] предпосылками, обуславливающими саму возможность толкования. Вопрос о том, какой из данных в рамках некоей нормы вариантов является «правильным», изначально не является вопросом для мышления, направленного на познание позитивного права, это — проблема политики права. Задача вывести из закона правильное судебное решение или правильный административный акт подобна задаче создания правильного закона в рамках конституции. Как нельзя путем толкования из конституции вывести правильные законы, так же нельзя путем толкования вывести из закона правильные судебные решения. Разумеется, между этими двумя ситуациями есть разница, но она лишь количественная, а не качественная. Эта разница состоит в том, что в материально-правовом смысле связанность законодателя намного меньше, чем связанность судьи, что при правотворчестве законодатель будет намного свободнее, чем судья. Но и судья является

правотворцем, будучи относительно свободным в осуществлении данной функции. Именно поэтому создание индивидуальной нормы в процессе реализации права, где рамки некоей общей нормы наполняются содержанием, также есть функция воли. Исключительно политико-правовым значением обладают те «научные» комментарии, с помощью которых поддерживается деятельность по реализации законов. Подобные комментарии можно сравнить с законодательными инициативами, это — попытки оказать воздействие на осуществление правотворческой функции судами и административными органами. Поскольку при применении законов необходимо установление соответствующей рамки, в пределах которой должен оставаться [99] правоприменительный акт, то здесь остается место для познавательной деятельности. Но мы имеем дело не с познанием позитивного права, а с познанием иных норм, которые могут оказаться задействованными в процессе правотворчества, — с нормами морали, справедливости, социальными ценностными суждениями, которые обычно обозначают броскими словами «народное благо», «государственный интерес», «прогресс» и т. п. О действительности и определмости таких слов нельзя ничего сказать с точки зрения позитивного права. В данном аспекте подобные определения могут быть определены только через отрицание: это такие определения, которые не выводятся из самого позитивного права. По отношению к позитивному праву установление того или иного правового акта свободно, т. е. находится в сфере свободного усмотрения призванных к установлению таких актов инстанций, как если бы позитивное право само делегировало им некую метаправовую норму наподобие морали или справедливости. Но если бы это делегирование имело место, то данная метаправовая норма преобразовалась бы в позитивно-правовую норму.

39. Иллюзия правовой определенности

Лежащее в основании так называемой юриспруденции понятие представление, согласно которому толкование есть познание позитивного права и поэтому есть процесс выведения новых норм из уже существующих, также отклоняется чистым учением о праве. Это учение опровергает мнение, согласно которому путем мышления могут быть заново созданы нормы. Данное мнение, в конечном счете, производно от потребности человека представлять себе право как некий твердый порядок, который всестороннее определяет человеческое поведение, особенно деятельность правоприменительных органов (прежде всего судов). Считается, что функция такой деятельности, включая [100] толкование, состоит лишь в нахождении уже существующих норм, которые могут быть обнаружены только через особый процесс. Речь идет об иллюзии правовой определенности, которую традиционная теория права, сознательно или неосознанно, стремится поддержать.

40. Проблема пробелов

Особая роль отводится толкованию при заполнении пробелов в законе. Но не существует истинных пробелов в том смысле, что правовой спор не может быть разрешен с помощью действующих норм в силу того, что закон, как

говорят, не предусмотрел на этот случай особого предписания. Любой правовой спор состоит в том, что одна сторона выдвигает против другой стороны требование; удовлетворение или отклонение такого требования зависит от того, устанавливается или нет соответствующая правовая обязанность в законе, т. е. в действующей, применимой к данному конкретному случаю норме. Поскольку третьего не дано, решение в пользу той или иной стороны всегда возможно на основании закона, т. е. через применение закона. Действующий правовой порядок применяется и в случае отклонения требования. Правовой порядок обязывает людей к совершению определенному поведению, но в данном случае делает это, предоставляя свободу по отношению к правовой обязанности. По отношению к тому лицу, которое требует от другого не обусловленного правовым порядком поведения, это другое лицо имеет закрепленное в правовом порядке «право» на невыполнение подобного поведения, — «право» в смысле юридически гарантированной свободы. Правовой [101] порядок содержит в себе правило не только о том, что некто обязан к определенному поведению (поскольку отказ от такого поведения служит условием для специфического последствия правонарушения), но и о том, что если нет обязанности к действию, то есть свобода совершать или не совершать такое действие. Подобная негативная норма применяется в отказном решении, где отклоняется требование о совершении поведения, которое не вменяется в качестве обязанности.

Если при этом в некоторых случаях говорят о некоем «пробеле», то это, несмотря на ложность выражения, не означает того, что из-за отсутствия нормы решение будет логически невозможным. «Пробел» означает, что некое логически возможное решение, удовлетворяющее или отклоняющее требование, может восприниматься призванной к принятию такого решения (т. е. к применению закона) инстанцией как слишком нецелесообразное или слишком несправедливое. Оно кажется столь нецелесообразным или несправедливым, что делается допущение, что законодатель не подумал о данном случае, а если бы подумал, то решил бы дело иначе, чем дело должно быть решено на основании закона. Такое допущение может быть верным или ложным — его истинность, как правило, вообще недоказуема. Подобное допущение маловразумительно по отношению к конституционно установленной обязанности применять ту норму, которая фактически издана законодателем, а не некую норму, которую он мог бы, вероятно, издать. И тот закон, который правоприменителю кажется плохим, также должен быть применен, независимо от того, что одни считают такой закон дурным, а другим он кажется хорошим. Так называемый «пробел» есть не что иное, как различие между позитивным правом и неким порядком, который [102] считается лучшим, более справедливым и правильным. Только за счет того, что такой порядок переносится на позитивный правовой порядок, в последнем устанавливается тот или иной недостаток и утверждается наличие в нем некоего пробела. Разумеется, если так понимать сущность пробелов, то очевидно, что такой пробел не может быть заполнен с помощью толкования. Здесь толкование не выполняет функцию применения толкуемой нормы — наоборот, такая норма исключается для того, чтобы на ее место поставить лучшую, более правильную и справедливую норму; короче, для того чтобы ввести желаемую правоприменителем норму. Под видом восполнения пробела исходная норма в процессе применения права отменяется и заменяется новой.

Это — фикция, которой особенно часто пользуются в случаях, когда легальное изменение общей нормы по тем или иным причинам оказывается сложным или невозможным; например, когда речь идет об обычае, который вообще не может быть изменен с помощью рационального процесса, либо когда действующий закон считается имеющим священное или божественное происхождение, либо когда законодательный аппарат по каким-то причинам невозможно или затруднительно привести в действие.

41. Так называемые технические пробелы

Наряду с пробелами в широком смысле выделяют также технические пробелы. Возможность таких пробелов признается даже теми, кто с позитивистских позиций отрицает существование настоящих пробелов; считается вполне допустимым заполнение этих пробелов с помощью толкования. Подобные пробелы должны иметься там, где [103] законодатель оставляет неурегулированным нечто такое, что он должен был урегулировать, если в этой ситуации технически возможно было бы применить закон. Хотя то, что здесь обозначается как технический пробел, является либо пробелом в исходном смысле этого слова (т. е. различием между позитивным правом и желательным правом), либо неопределенностью, которая связана с рамочным характером нормы. Пробелы первого рода возникают в том случае, когда, например, закон нормирует обязательственную силу купли-продажи, но при этом, как принято говорить, не определяет, кто будет нести риск случайной гибели в случае, если проданная вещь без вины сторон будет утрачена перед моментом передачи. Но дело тут не в том, что законодатель по этому поводу «ничего» не определяет, — законодатель не определяет, что продавец будет освобожден от обязанности поставить товары или предоставить возмещение. Такое определение, очевидно, считается желательным для того, кто утверждает наличие здесь «пробела», но об этом определении совершенно не нужно задумываться для того, что сделать закон применимым. Что касается обязанности поставить товар, в том числе и в упомянутой ситуации, то закон не делает здесь никакого исключения и тем самым определяет, что риск случайной гибели несет продавец. Пробелы второго рода возникают в случаях, когда закон определяет, скажем, что некий орган должен быть созван путем выборов, но не регулирует правила проведения выборов. Это означает, что любая система выборов — пропорциональная или мажоритарная, открытая или тайная — будет законной. Ответственный за проведение выборов орган на свое усмотрение может определить процедуру выборов. Определение правил проведения выборов передано норме низшей ступени. Другой пример: [104] закон определяет, что перед началом своей деятельности коллегиальный орган управления должен быть созван своим председателем, и в то же самое время устанавливает, что председатель выбирается этим коллегиальным органом управления. Здесь закон ничего не говорит по поводу созыва данного органа в том случае, когда еще нет председателя. Этим нормам уже нельзя придать тот смысл, что если председатель не избран, то любой способ созыва коллегиального органа управления будет законным. Смысл данной нормы состоит в том, что даже в этом случае коллегиальный орган должен быть созван его председателем, иначе он вообще не сможет законно

функционировать. Но здесь нет никакого «пробела». Ведь закон желает, чтобы коллегиальный орган управления был созван председателем, даже если у этого органа нет председателя. Если бы закон не предусматривал порядка созыва коллегиального органа в этом случае, то любой способ созыва был бы законным. Но закон для данного случая определяет нечто неразумное. Такое не исключено, с учетом того что закон создан человеком. Норма может также иметь и бессмысленное содержание. Но никакое толкование не способно создать для такой нормы некий смысл. С помощью толкования из нормы нельзя извлечь того, чего в ней ранее не было.

42. Пробельная теория законодателя

Хотя пробелы в законе теоретически не существуют, но законодатель может под влиянием той или иной ложной теории предполагать существование «пробелов». Но эти «пробелы» будут иными, чем их, вероятно, [105] понимает сам законодатель. Законодатель может вводить определения (на практике это случается нередко) для случая, когда в законе нельзя найти никакого указания, — например, как в ст. 6 Австрийского гражданского уложения и в ст. 1 Швейцарского гражданского уложения. Если закон — та же вышеупомянутая ст. 1 Швейцарского гражданского уложения — указывает на то, что в случае «пробела» судья должен принять такое решение, какое он принял бы, если бы был законодателем, то это означает, что в тех случаях, где буквальное применение закона представляется судье недопустимым, судья управомочивается принять решение, заменяя закон своим собственным усмотрением. Хороший законодатель не будет отказываться от внесения необходимых изменений в закон в тех случаях, когда этого требуют обстоятельства. Поэтому законодатель должен изначально считаться с теми фактами, которые он не предусмотрел и не мог предусмотреть, поскольку создаваемые им общие нормы могут иметь в виду только среднестатистические случаи. Законодатель даже не может описать те случаи, для которых допускает, что при их нормировании на его место встанет правоприменитель, — если бы законодатель мог бы предусмотреть эти случаи, то не понадобилась бы и сама такая замена. Законодателю не остается ничего иного, как позволить решать такие случаи правоприменителю, даже перед лицом неизбежной опасности того, что правоприменитель будет действовать как делегированный законодатель, что он будет решать по своему усмотрению те дела, в которых изначальный законодатель имел бы в виду применить изданный им закон. Естественно, что при таком положении дел ставится под сомнение принцип законности правоприменительной деятельности, равно как и действительность общих норм, изданных для применения через суды и административные органы. При этом создается опасность перенесения большей части правотворчества от законодателя к [106] индивидуальному правоприменителю. Для того чтобы минимизировать такую опасность, правомочие не применять закон формулируется таким образом, чтобы правоприменитель не осознал того исключительного права, которое ему фактически предоставлено. Правоприменитель должен верить в то, что он может отказаться применять закон только в тех ситуациях, в которых закон не может быть применен — поскольку сам закон не содержит в себе возможности применения к данным ситуациям.

Правоприменитель должен верить в то, что он свободен только тогда, когда действует в качестве законодателя, но не думать при этом, что он может встать на место законодателя. Чтобы истина — о том, что он свободен встать и на место законодателя — оставалась скрытой от правоприменителя, его воззрения затемняются фикцией «пробела». Эта сознательно или неосознанно созданная формула имеет в виду намеренную цель законодателя — сделать так, чтобы правоприменитель только в очень редких случаях пользовался предоставленной ему свободой не применять закон в конкретных ситуациях. Это достигается через обоснование существенного различия, настоящего «пробела» между законом и собственным правосознанием судьи, чтобы судье казалось, что законодатель не захотел регулировать ту ситуацию, которая осталась неурегулированной в законе, что здесь отсутствует логическая посылка для заключения от общего к частному (любой акт применения закона представляет собой такое заключение). Так называемый «пробел в законе» есть типично идеологическая формула. То применение закона, которое в данном случае является нецелесообразным с точки зрения правовой политики (что оценивается по усмотрению судьи), представляется невозможностью с точки зрения логики права.

[107] VII. Методы правотворчества

43. Форма права и форма государства

Учение о ступенчатом устройстве правового порядка понимает право в его движении, в постоянно обновляющемся процессе самовоспроизводства. Эта теория является динамичной, чем отличается от статичной теории права, которая пытается рассматривать право, его действительность, пределы действия без оглядки на процессы самовоспроизводства права. В центре проблемы динамизма права стоит вопрос о различных методах правотворчества, иными словами, вопрос о формах права. Если в качестве основной функции правовой нормы признать то, что она обязывает людей к определенному поведению (для чего норма связывает с противным поведением акт принуждения, так называемое последствие правонарушения), тогда мы получаем базовую перспективу и в ее рамках можем судить о правотворчестве: задействован ли обязываемый через правовую норму человек в создании этой обязывающей его нормы или нет. Иными словами, вопрос заключается в том, связан ли акт обязывания с волей человека, или нет, возможно, даже противоречит этой воле. Данное различие обычно обозначают через противопоставление автономии и гетерономии; учение о праве в основном использует указанное различие в [108] области государственного права. Здесь такое различие проявляется в делении на демократические и авторитарные государства, республики и монархии, являясь источником привычного разграничения форм государства. Хотя то, что понимается под формой государства, выступает лишь особым проявлением формы права. Именно форма права, т. е. метод правотворчества на высшей ступени правового порядка, закрепляется в конституции. С помощью понятия формы государства обозначается урегулированный конституцией метод создания общих норм. Если под формой государства понимать только конституцию как форму законодательства, т. е. форму создания общих правовых норм, тогда

государство (в смысле формы государства) отождествляется с конституцией как формой создания общих правовых норм. Такое рассуждение покоится на привычном представлении о праве как всего лишь о системе общих норм и не принимает во внимание того, что в пределы правового порядка также попадает индивидуализация общих норм, движение от абстрактной к конкретной правовой норме. Отождествление формы государства с конституцией полностью соответствует предрассудку, согласно которому право заключено в законе. Проблема формы государства как вопрос о методе правотворчества проявляется не только на уровне конституции, не только на уровне законодательства, но и на всех ступенях правотворчества, в особенности в разнообразных случаях создания индивидуальных норм: административных актов, судебных решений, сделок.

[109] **44. Публичное и частное право**

В качестве особенно показательного примера можно привести основополагающее для систематизации современной науки о праве деление права на публичное и частное. Известно, что до настоящего времени никому достаточно удовлетворительно не удалось провести это деление. Согласно самому распространенному воззрению речь идет о различии в правоотношениях: так, для частного права характерно отношение между равноположными, юридически равными субъектами, а для публичного права — отношение между выше- и нижестоящими субъектами, т. е. такое отношение, где один из субъектов имеет большую юридическую ценность, чем другой. Типично публично-правовым будет отношение между государством и подданным. В качестве частноправового обозначают такое отношение, которое является отношением по поводу «прав» в узком смысле этого слова; оно противопоставляется публично-правовому отношению, т. е. отношению по поводу «власти», «господства». Обычно деление права на публичное и частное имеет тенденцию ссылаться на противоположность между правом и неправовой либо полуправовой властью, в особенности между правом и государством. Если взглянуть и понять, в чем же, собственно, состоит то, что дает одному субъекту большую юридическую ценность, что обосновывает подчинение ему другого субъекта, то оказывается, что речь идет о различии между порождающими право фактами. Решающим же различием будет то самое, что лежит в основе деления форм государства. [110] Большая юридическая ценность государства, т. е. его органов, по отношению к подданным состоит в том, что правовой порядок наделяет лиц, квалифицируемых в качестве государственных органов (либо некоторых из таких лиц, обычно называемых властными органами), способностью обязывать подданных через одностороннее волеизъявление (приказ). Типичным примером в публично-правовом отношении будет административный приказ, т. е. издаваемая административным органом индивидуальная норма, через которую адресат нормы юридически обязывается к сообразному с приказом поведению. Этому примеру противостоит типично частноправовое отношение — сделка, и в особенности договор, т. е. созданная через договор индивидуальная норма, которая юридически обязывает заключившие этот договор стороны к некоему взаимному поведению. Если здесь обязанные субъекты участвуют в создании

обязывающих их норм (в этом и состоит сущность договорного правотворчества), то субъекты, обязанные в силу публично-правового административного приказа, никак не участвуют в создании обязывающей их нормы. Это типичный случай автократического нормотворчества, тогда как частноправовой договор представляет собой пример ярко выраженного демократического метода правотворчества. Поэтому традиционная теория совершенно точно обозначила частноправовую сферу как сферу частной автономии.

45. Идеологическое значение дуализма между публичным и частным правом

Если основное различие между частным и публичным правом видеть в различии [111] двух методов правотворчества, то так называемые публичные акты государства — точно такие же правовые акты, что и сделки. Это проявляется прежде всего в том, что волеизъявление, формирующее правотворящий факт, в обоих случаях выступает лишь продолжением процесса образования государственной воли. Как во властном приказе, так и в частной сделке мы имеем дело с индивидуализацией некоей общей нормы: в первом случае это административный закон, во втором — гражданское уложение. Поэтому нет ничего парадоксального в том, что чистое учение о праве исходит из универсализма, рассматривая весь правовой порядок как направленный на так называемую волю государства, усматривая акт государства как в том, что касается частной сделки, так и в том, что связано с властным приказом. В акте государства чистое учение о праве видит исходный факт правотворчества, обуславливающий единство правового порядка. Тем самым чистое учение о праве релятивизирует возводимое традиционной наукой о праве в ранг абсолютного противопоставление между частным и публичным правом; данное противопоставление трансформируется из внесистемного (т. е. противопоставления права и неправа, права и государства) во внутрисистемное. За счет этого чистое учение о праве сохраняет свой статус научной дисциплины, разрушая ту идеологию, которая связана с абсолютизацией рассматриваемого противопоставления. В рамках такой идеологии противоположность публичного и частного права представляется как абсолютная противоположность власти и права либо, по меньшей мере, государственной власти и права. В связи с этим возникает воззрение, согласно которому в области публичного права (особенно [112] в области самого политически важного — конституционного и административного — права) принципы права не действуют в том же смысле и с той же интенсивностью, что и в сфере частного права, которую считают истинной сферой права. В отличие от этой сферы в публичной сфере основную роль играет не сильное право, а государственный интерес, общественное благо, которое при всех обстоятельствах должно быть осуществлено. Поэтому отношение между общей нормой и применяющим ее органом представляется несколько иным, чем в области частного права: это не применение закона к конкретным случаям, а свободное преследование государственного интереса только в рамках закона, а в исключительных случаях, т. е. в случае так называемого чрезвычайного положения, и вопреки закону. Критическое исследование этого противопоставления доказывает, что в целом оно не имеет никакой основы в позитивном

праве. Более того, данным противопоставлением утверждается, что деятельность законодательных, правительственных и административных органов, как правило, связана законом в меньшей степени, чем деятельность судов, что в плане позитивного права суды наделены меньшей свободой усмотрения, чем вышеназванные государственные органы. Учение о сущностном различии между публичным и частным правом упирается в противоречие: свобода от права, которую это учение утверждает как характерную особенность публичного права, рассматривается в качестве именно правового принципа всей сферы публичного «права» как сферы жизненных интересов государства. В лучшем случае рассматриваемое учение может говорить о существовании двух технически по-разному [113] сконструированных сфер права, но никак не об абсолютном сущностном различии государства и права. Данный логически несостоятельный дуализм имеет лишь идеологическое, но не теоретическое значение. С точки зрения конституционной доктрины такой дуализм должен обеспечить некую (выводимую из природы вещей) свободу правительству и подчиненному ему административному аппарату. Но это не свобода от права, поскольку такая свобода для государства вообще невозможна, а свобода от закона, т. е. от созданных народными представителями или при их существенном участии общих норм. Тут имеется в виду не только то, что широкомасштабное ограничение законом правительственных и административных органов противоречит сущности выполняемой ими функции, но и то, что такое ограничение при известных условиях может быть объявлено неприменимым. Данная тенденция, обычно выражающаяся в противостоянии правительства и парламента, наблюдается не только в конституционных монархиях, но и в демократических республиках.

Вместе с тем абсолютизация противопоставления публичного и частного права порождает представление о том, что сфера публичного права (прежде всего конституционного и административного) есть среда политического господства, полностью исключенная из сферы частного права. Выше уже было показано, что противопоставление «политического» и «частного» в области субъективного права не имеет никаких оснований, что частные субъективные права имеют такой же политический характер, как и то, что принято обозначать как политические права. Ведь [114] и те, и другие права задействованы, хотя и по-разному, в образовании государственной воли и тем самым относятся к политическому господству. Цель принципиального различия между публичной (т. е. политической) и частной (т. е. неполитической) сферами права — воспрепятствовать распространению воззрения, согласно которому созданное в рамках гражданско-правового договора «частное» право не в меньшей мере является ареной политического господства, чем публичное право, созданное через законодательный и административный процессы. То, что мы называем частным правом, с точки зрения функции, выполняемой этой частью правового порядка во всем праве, есть лишь особая, соответствующая капиталистическому хозяйственному порядку форма права, регулирующая экономическое производство и распределение продукции, есть очевидно политическая функция господства. Социалистическому хозяйственному порядку подошла бы иная форма права — не автономно-демократическая, которая представлена в современном частном праве, а, скорее, некая гетерономно-автократическая, которая была бы ближе нашему сегодняшнему административному праву. Здесь мы не станем решать,

будет ли такая форма регулирования удовлетворительной или справедливой. Чистое учение о праве не хочет и не может решать подобные вопросы.

[115] VIII. Право и государство

46. Традиционный дуализм права и государства

В том противопоставлении, из которого исходит традиционное учение о праве, со всей очевидностью проявляется основополагающий дуализм, который господствует в современной науке о праве и тем самым во всем нашем социальном мышлении, — дуализм государства и права. Традиционное учение о праве и государстве противопоставляет право государству как отличную от него сущность и одновременно утверждает, что государство есть правовая сущность. Такой вывод получается в результате рассмотрения государства как субъекта правовых обязанностей и правомочий, т. е. как лица, но при этом государству приписывается независимое от правового порядка существование.

Теория частного права исходила из того, что правосубъектность индивидуума в логическом и временном отношениях предшествует объективному праву, т. е. правовому порядку. Точно так же и учение о государственном праве исходит из того, что государство как коллективное единство, выступающее в качестве субъекта воли и действия, существует независимо от права и даже до возникновения права. Но нас учат тому, что государство выполняет свою историческую миссию путем создания права, «своего» права, объективного правового порядка для того, чтобы затем ему подчиниться; иными словами, чтобы [116] обязать и уполномочить себя самое с помощью своего же права. Государство, как метаправовая сущность, как своего рода могучий Гулливер, как социальный организм, одновременно и обуславливает право, и, как подчиненный праву, обязанный и уполномоченный через право субъект, обуславливается правом. Это известная двусторонняя теория самообязывания государства, которая, несмотря на основательные возражения, постоянно выдвигаемые против нее, несмотря на всю критику, продолжает утверждать свое с беспримерным упрямством.

47. Идеологическая функция дуализма права и государства

Традиционное учение о государстве и праве не может отказаться от этой теории и от обнаруживающегося в ней дуализма государства и права. Ведь такой дуализм выполняет идеологическую функцию, значение которой огромно, хотя это значение и не стоит переоценивать. Государство должно быть представлено как отличный от права субъект, чтобы право могло оправдывать государство, которое одновременно и создает это право, и подчиняется ему. Право может оправдать государство только в том случае, если право есть нечто иное, отличное по своей сущности от государства, есть нечто противоположное изначальной природе государства — власти, а значит, предуславливающее (в том или ином смысле) правильный или справедливый порядок. Тем самым государство из простого факта насилия превращается в правовое государство, которое оправдывает себя через создание права. По мере того как религиозно-

метафизическая легитимация государства доказывает свою непригодность, данная теория правового государства должна становиться единственным возможным [117] способом оправдания государства. Эта «теория» не колеблется в своих основаниях от того, что рассматривает государство как юридическое лицо, делает из государства предмет правового познания, предмет учения о государстве, и в то же самое время настоятельно подчеркивает, что государство как власть есть нечто отличное по своей сущности от права и поэтому не может быть понято с юридической точки зрения. Впрочем, противоречия, которые с необходимостью содержатся в идеологических теориях, не представляют для этих теорий никаких помех. Идеология, по сути, направлена не на углубление наших знаний, а на утверждение нашей воли. Поэтому здесь речь идет не о понимании сущности государства, а, скорее, об укреплении его авторитета.

48. Тожество права и государства

а) Государство как правовой порядок

Свободное от идеологии и за счет этого освобожденное от любой метафизики и мистики, учение о государстве может познать сущность государства не иначе, как поняв эту социальную конструкцию как некий порядок человеческого поведения. Более детальное исследование показывает, что государство есть социальный принудительный порядок и что данный принудительный порядок должен быть тождествен правовому порядку, поскольку эти два порядка характеризуются теми же актами принуждения. Одно и то же социальное сообщество не может конституироваться через два различных порядка. Государство есть правовой порядок. Но не любой правовой порядок может быть обозначен как государство, поскольку в качестве такового может быть признан только такой порядок, который для создания и применения права создает определенные, основанные на функциональном разделении труда органы. [118] Государством называется правовой порядок, достигший известной степени централизации.

В примитивных, догосударственных правовых сообществах создание общих норм происходит через обычай, т. е. через деятельность отдельных членов правового порядка. Но при этом для установления индивидуальных норм, в особенности для их реализации через акт принуждения, изначально не существует центральных судов. Установление факта правонарушения и применение последствий правонарушения предоставлено тому, чьи защищенные правовым порядком интересы оказались нарушенными. Сын должен осуществить кровную месть за убийство своего отца в отношении убийцы и его семьи, сам кредитор должен наложить руку на имущество неисправного должника, чтобы вернуть себе данное взаймы. Это примитивные формы наказания и исполнения. Поскольку установлены соответствующие факты, то члены правового сообщества действуют в качестве органов правового порядка и конституируемого таким порядком сообщества. Они действуют, имея правомочие от правового порядка. И поскольку в силу такого правомочия акт принуждения вменяется самому сообществу (ведь именно сообщество реагирует через акты принуждения на правонарушения), то такие акты уже не образуют новых правонарушений. Только после очень длительного развития, в результате процессов разделения общественного труда образовались центральные органы, — очевидно, что судебные

и исполнительные органы образовались много раньше, чем законодательные. Но как ни был важен этот шаг с точки зрения юридической техники, он привнес лишь количественное, но не [119] качественное различие, которое существует между децентрализованными и централизованными правовыми порядками, между примитивным и государственным правовыми сообществами.

Поскольку над государственным правовым порядком нет более высокого порядка, то государство есть высший, суверенный правовой порядок или правовое сообщество. Это в особенности означает, что отграничиваются территориальный и материальный пределы такого правового порядка, за счет чего государственный принудительный порядок фактически ограничивает свою действительность определенными пространственными и предметными пределами. Этот порядок не претендует, по меньшей мере в материальном смысле, на универсальное действие и на то, чтобы охватывать собой все человеческое поведение. В то же время данный порядок претендует на способность, не ограниченную никаким высшим правовым порядком, распространять свое действие как в территориальном, так и в материальном аспектах. Это принято обозначать как верховенство в осуществлении правовой компетенции. Но если над правовым порядком отдельного государства поднимается международный правовой порядок, то государство уже нельзя рассматривать как суверенный правовой порядок. Тогда государство можно понимать лишь как относительно верховенствующий, подчиняющийся международному праву и основанный на нем правовой порядок. Более детальное определение может быть дано только после изучения отношения государства к международно-правовому порядку. Конституируемое этим порядком надгосударственное сообщество, точно так же как догосударственное, не может быть охарактеризовано как государство по причине отсутствия достаточной степени централизации.

б) Государство как юридическая проблема вменения

Государство есть определенным образом квалифицируемый правовой порядок, отличающийся от других правовых порядков [120] лишь по количественным, но не по качественным показателям. Это видно по тому, что любое проявление жизненной активности государства, любой акт государства может обнаруживаться только как правовой акт, как акт создания или реализации правовой нормы. Акт человеческой деятельности становится актом государства лишь постольку, поскольку он квалифицируется в качестве такового в правовой норме. С точки зрения отдельных актов государства, через которые государство предстает как динамичное явление, проблема государства есть проблема вменения. Встает вопрос: почему определенное действие человека (а любой акт государства есть не что иное, как человеческое действие) вменяется не самому человеку, а предположительно стоящему за ним субъекту? В качестве единственно возможного критерия такого вменения выступает правовая норма. Поскольку факт некоего человеческого действия особым способом конституируется в правовой норме, этот факт может быть соотнесен с единством правового порядка, который содержит в себе правовую норму, квалифицирующую данный факт. Государство как субъект государственного акта, т. е. государство как лицо, есть не что иное, как персонификация данного порядка. Государство может пониматься только в качестве такого порядка — пониматься только как

правовой порядок или даже как принудительный порядок. Тем, что некий факт вменен государству как лицу, этот факт превращается в акт государства, а создающие такой факт лица квалифицируются в качестве государственного органа. Государство как юридическое лицо демонстрирует те же самые характеристики, что и любое другое юридическое лицо. Точно так же обычное юридическое лицо является выражением некоего правового порядка, является общей точкой вменения. [121] Склонный судить по внешности, дух познающего человека всегда готов к гипостазированию этой точки вменения, к рассмотрению ее как реальной с тем, чтобы представить себе государство как стоящую за правовым порядком сущность, отличную от самого правового порядка.

с) Государство как чиновничий аппарат, состоящий из органов

Когда правопорядок преодолевает примитивную стадию полной децентрализации, когда в рамках функционального разделения труда образуются особые органы, призванные к созданию и реализации правовых норм, особенно к реализации актов принуждения, над массой рядовых членов государства (т. е. подчиненных нормам лиц) возвышается четко выраженная группа индивидов, которая особым образом квалифицируется как орган. Вообще, такая централизация может не быть полной, а некоторые функции правотворчества и реализации права могут остаться децентрализованными. Суть этой централизации (которая, впрочем, никогда не является полной, а некоторые функции правотворчества и реализации права всегда остаются децентрализованными) заключается в том, что функция этих действующих согласно принципу разделения труда органов, как правило, конституируется в виде правовой обязанности, т. е. невыполнение этой функции санкционируется дисциплинарным наказанием в качестве последствия правонарушения. Выполнение такой функции постепенно становится профессиональным и осуществляется за плату. Функционирующий согласно принципу разделения труда государственный орган становится (как носитель централизующей функции права) государственным чиновничьим аппаратом — это орган, юридически квалифицируемый особым образом. Такое развитие связано с переходом от натурального к денежному обмену и предполагает создание государственной казны, т. е. некоего централизованного имущества. Образование и расходование, приход и расход такого имущества особым образом регулируются, из этого имущества чиновники государственных органов получают свое жалование, из него оплачиваются расходы, связанные с их деятельностью. От имени государства, [122] представленного этими чиновничьими органами, осуществляется та деятельность, которая ранее была нами обозначена как непосредственное государственное управление, как преследование государственной цели напрямую. То, что теперь не частное лицо, а уже государство строит школу или эксплуатирует железную дорогу, связано с особой квалификацией людей, осуществляющих данную функцию. Развитие сопряжено с переходом государства от судебной функции к административной. Этот переход связан с возникновением аппарата, формирующегося через образованные из чиновников государственные органы. При этом нельзя пренебрегать тем, что и административное государство есть принудительный порядок. Административным является такое государство, органы которого напрямую преследуют государственную цель и тем самым

непосредственно устанавливают социально желательное положение. Состоящие из чиновников органы не ограничиваются тем, что создают и реализуют нормы, через которые подданные (не являющиеся чиновниками) обязываются к социально желательному поведению, а в случае неповиновения эти органы реагируют через применение акта принуждения. С юридической точки зрения, прямое государственное управление обеспечивается тем же образом, что и социально желательное поведение подданных, — через установление правовой обязанности для состоящих из чиновников государственных органов. Иными словами, правовой порядок предписывает иным государственным органам реагировать с помощью актов принуждения на поведение тех, кто действует вопреки установленным обязанностям. Государство как аппарат принуждения включает в себя государство как аппарат управления.

После создания системы органов, функционирующих согласно принципу разделения труда, понятие государственного органа (в узком смысле, как особым образом юридически квалифицируемого, состоящего из чиновников органа) противопоставляется понятию [123] подданного как частного лица. В обычном словоупотреблении термин «государственный орган» распространяется только на орган, состоящий из чиновников. Согласно этому словоупотреблению «государственным органом» не будет назван не состоящий на чиновничьей службе подданный, который на основании делегированного ему правовым порядком правомочия через акт-сделку создает юридически обязывающую норму, даже если его функция здесь та же самая, что и у занятого в государственном управлении чиновника, издающего некий указ. Но такое словоупотребление ни в коем случае не является последовательным. В качестве «государственных органов» действуют как избранные от народа лица, образующие парламент, так и сами частные лица, которые выполняют функцию избирателей, даже если эти избиратели не квалифицированы как чиновники. В любом случае очевидно, что они выполняют правовую функцию. Через этот признак мы можем ввести первичное понятие органа.

Понятию органа в узком смысле (как состоящего на службе функционера) соответствует понятие государства в особом и узком смысле (как общего обозначения для системы органов, состоящих из чиновников). Это очень часто используемое понятие, отражающее несколько наивное представление, согласно которому государство есть более узкая и более прочная организация в рамках государства в широком смысле, включающего в себя и подданных. С точки зрения строгого структурного анализа кажущееся очевидным (поскольку связано с персонификацией), но от этого не становящееся корректным понятие государства-органа (как органа-лица) должно быть заменено понятием органа-функции. Орган-функция фактически есть особая квалификация осуществляющих функцию людей, так называемых носителей организационных полномочий. Эта функция персонифицируется в понятии государственного органа, который представляет собой лишь один из элементов соответствующего факта. Если [124] понятие государственного органа заменить понятием государственной функции, то государство (которое обозначают через общее понятие состоящих из чиновников государственных органов, чиновничьего аппарата) будет представлять собой систему четко юридически определенных функций, а именно тех функций, которые должны быть выполнены теми индивидами,

которые в данном правопорядке особым образом квалифицированы как государственные чиновники. Но в число таких функций входят и те функции, которые осуществляются органами, не состоящими из чиновников (например, законодательная функция). Государство в этом смысле есть общее понятие, которое обозначает особым образом юридически квалифицированные факты. В конечном счете, государство есть система правовых норм, квалифицирующих данные факты; это частичный правовой порядок, более или менее произвольно созданный из взятого в целом государственного правового порядка.

d) Учение о государстве как учение о праве

Представление о том, что государство есть правовой порядок, находит свое подтверждение также в том, что те проблемы, которые до настоящего времени рассматривались в аспекте общего учения о государстве, оказываются теоретико-правовыми проблемами, проблемами действия и создания правового порядка. То, что называют «элементами» государства, — государственная власть, государственная территория, народ государства, — не что иное, как обозначение пределов действия государственного порядка в пространстве и по кругу лиц. Особым случаем применительно к вопросу о территориальных пределах действия составляющих государственный порядок норм является вопрос о природе тех правовых образований, которые возникают в связи с территориальным делением государства, проблемы [125] централизации и децентрализации. С этой точки зрения можно изучать проблемы административной децентрализации, самоуправления, федеративного устройства, фрагментирования государства и в особенности территориальной организации государства. Предметом учения о разделении трех властей или функций государства являются различные ступени создания правового порядка: государственные органы могут пониматься только как факты правотворчества и правоприменения, тогда как государственные формы суть не что иное, как методы формирования правового порядка; такое формирование обычно обозначается термином «государственная воля».

e) Власть государства как действенность правового порядка

Если в рамках принудительного порядка права рассматривать государство как порядок, а персонификацию этого порядка называть «государство как лицо», то к действенности правового порядка можно отнести все то, что обычно обозначается как «государственная власть» или «государство как власть». Такая власть, в конечном счете, выражается именно в мотивирующей силе, которая исходит от представлений, содержанием которых являются нормы правового, т. е. государственного порядка. Все те внешние проявления, в которых принято видеть государственную власть — тюрьмы и крепости, виселицы и пулеметы, — сами по себе являются мертвыми предметами. Инструментами государственной власти они становятся, только если люди пользуются ими в смысле некоего определенного порядка — постольку, поскольку [126] представление о таком порядке, вера в необходимость действовать согласно порядку определяют деятельность этих людей.

Если все это признать верным, то разрушается дуализм государства и права. Такой дуализм предстает одним из тех удвоений понятий, которые возникают,

когда познание гипостазирует конституируемое им единство предмета; одно из выражений такого гипостазированного единства — понятие лица. Тогда дуализм государства как лица и правового порядка с точки зрения теории познания оказывается подобным столь же противоречивому дуализму Бога и мира. Государственно-правовая и политическая идеология предстает лишь как ответвление и подмена совпадающей с ней по всем ключевым пунктам теологически-религиозной идеологии. Если же осознать тождество государства и права, то становится понятным, что право (позитивное право, не отождествляемое со справедливостью) и есть тот самый принудительный порядок, который предстает познающему сознанию как государство. Этот порядок не замирает в антропоморфных образах — через шлейф персонификаций он проявляется как реальные отношения между людьми. Поэтому, в конечном счете, невозможно оправдать государство через право. Точно так же невозможно оправдать право через право, когда слово «право» используется то в смысле позитивного права, то в смысле правильного права, справедливости. Поэтому попытка легитимировать государство как правовое государство показывает свою полную бесполезность, поскольку любое государство должно быть правовым — если под «правовым государством» понимать такое государство, которое «имеет» некий правовой порядок. [127] И не может быть никакого государства, которое (пока) не имело бы правового порядка, поскольку любое государство и есть не что иное, как правовой порядок. Такая позиция совершенно не представляет собой ценностного политического суждения. Разумеется, данное понятие правового государства не должно смешиваться с понятием, означающим вполне определенное содержание правового порядка, а именно такое содержание, которое указывает на известные институты — права и свободы, гарантии правомерности исполнения функций органами государства, демократические методы правотворчества. Видеть в таком образом конструируемой нормативной системе «истинный» правовой порядок — это естественно-правовой предрассудок. С точки зрения последовательного позитивизма правом, равно как и государством, может быть признан только регламентирующий человеческое поведение принудительный порядок — ничего о ценностях морали или справедливости здесь не говорится. Таким образом, под государством юридически может пониматься только само право, ни больше ни меньше. А право понимается как духовно-материальный порядок и тем самым как предмет нормативно-юридического познания, как мотивированный и мотивирующий других душевно-телесный власть-акт, т. е. правовая власть. В качестве такового право есть объект социальной психологии или социологии.

f) Разрушение идеологии легитимности

Данное методолого-критическое разрушение дуализма государства и права одновременно является бесповоротным отрицанием одной из наиболее эффективных идеологий легитимности. Этим и объясняется ожесточенное сопротивление, которое традиционная теория государства и права оказывает обоснованному чистым учением о праве тезису о тождественности государства и права.

[128] Если чистое учение о праве отказывается от легитимации государства через право, то совсем не потому, что это учение вообще объявляет невозможной легитимацию государства. Отрицается только то, что наука о праве

в состоянии оправдать государство через право или, что то же самое, право через государство. В особенности чистое учение о праве отрицает то, что задачей науки о праве может быть оправдание чего-либо. Оправдание означает оценку, а оценка — в силу ее субъективного характера — это задача этики и политики, но не объективного познания. Только такому познанию должна служить наука о праве, если она хочет быть наукой, а не политикой.

[129] IX. Государство и международное право

49. Сущность международного права

а) Ступени международного права, его основная норма

Международное право состоит из норм, которые изначально были созданы в силу актов государств (т. е. через компетентные органы соответствующих правовых порядков отдельных государств) для регулирования межгосударственных отношений либо в силу обычая. Эти нормы международного права имеют общий характер, поскольку обязывают и управомочивают все государства. Среди таких норм особое значение имеет норма, которую обычно обозначают формулой «Договоры должны соблюдаться». Данная норма управомочивает субъектов международно-правового сообщества регулировать через договоры свое поведение, т. е. поведение своих органов и подданных. Суть этого приема состоит в том, что через объявленное волеизъявление компетентных органов двух или более государств создаются нормы, через которые обязываются и управомочиваются заключающие договор государства. Существующее в наши дни международное договорное право имеет партикулярный характер. Его нормы действуют не для всех государств, а только для каких-то двух конкретных государств либо для более или менее многочисленной группы государств. Эти нормы конституируют только частичное сообщество. При этом можно наблюдать, что партикулярное договорное международное право и общее обычное международное право не могут рассматриваться как скоординированные между собой группы норм. [130] Поскольку основу одной из этих групп норм представляет норма, которая принадлежит к другой группе норм, то эти две группы находятся между собой в отношении нижестоящей и вышестоящей ступеней права. Если же принимать во внимание правовые нормы, создаваемые международными судами и схожими с ними органами, то в структуре международного права обнаруживается еще и третья ступень. В свою очередь функция таких правотворческих органов международного права основывается на некоем международном договоре, т. е. на норме, которая принадлежит ко второй ступени международного права. Эта ступень (международное право, созданное через международные договоры) основывается на правиле общего обычного международного права, т. е. на более высоком в иерархии уровне. Поэтому как основная норма международного права и выводимых из международного права правовых порядков отдельных государств должна действовать такая норма, которая в качестве правосоздающего факта устанавливает обычай, конституируемый через взаимное поведение государств. Во временном аспекте общее обычное международное право моложе, чем правовые порядки отдельных государств, однако это не препятствует тому, чтобы находить в нем

основу действительности этих правовых порядков. Как правовое сообщество, семья также старше централизованного государства, которое включает в себя множество семей, но при этом в наши дни действительность семейного права основывается именно на государственном правовом порядке. То же самое можно сказать о государственных порядках субъектов федерации, которые покоятся на федеральной конституции, хотя эти субъекты изначально возникли как независимые государства, лишь впоследствии объединенные в федеративное государство. Нельзя путать историческое и нормо-логическое отношения.

[131] *b) Международное право как примитивный правовой порядок*

Международное право обладает тем же характером, что и право отдельного государства. Оно также является принудительным порядком. Международно-правовое правило, как и юридическое правило правового порядка отдельного государства, представляет собой связку между неким фактом (который считается вредным для сообщества) как условием и актом принуждения как его последствием. Специфическими последствиями правонарушения в международном праве являются репрессалия и война. Но международное право все еще является примитивным правовым порядком. Оно стоит лишь в начале пути, уже пройденного правовыми порядками отдельных государств. По меньшей мере в области общего международного права и поэтому во всем международно-правовом сообществе еще заметны признаки идущей децентрализации. Здесь еще нет сформированных согласно принципу функционального разделения труда органов, которые бы создавали и применяли правовые нормы. Создание общих норм происходит путем обычной или через договор, т. е. через самих членов правового сообщества, а не через некий особый законодательный орган. Точно так же обстоит дело с применением общих норм к конкретным случаям. Именно то государство, интересы которого нарушены, должно самостоятельно принять решение о том, имеется ли факт некоего правонарушения, за которое несет ответственность другое государство. А если последнее отрицает наличие правонарушения, то нет объективной инстанции, которая должна была бы разрешить спор в рамках юридически регламентированного процесса. В такой ситуации само государство, право которого нарушено, призвано реагировать на поведение государства-правонарушителя с помощью акта принуждения, установленного в общем международном праве, — через репрессалию или войну. [132] Это — техника самопомощи, которая уже пройдена в развитии правового порядка отдельных государств. Соответственно, в международном праве главенствует принцип коллективной и объективной ответственности, а не принцип индивидуальной и виновной ответственности. Последствия правонарушения применяются не против людей (функционирующих как орган отдельного государства), умышленно или по небрежности совершивших состав правонарушения, а против совсем других людей, которые к этому факту совершенно не причастны и не были в состоянии воспрепятствовать международному правонарушению. Репрессалия и война затрагивают не государственные органы, которые своим действием (бездействием), вменяемым государству, нарушили международное право. Эти последствия затрагивают народные массы или особый орган — армию, которая при современной технике ведения войны комплектуется в основном из народа.

с) Простое опосредованное обязывание и управомочивание через международное право

Международное право обязывает и управомочивает государства. Но это не означает, как принято считать, что международное право не обязывает и не управомочивает отдельных людей. Поскольку право по сути своей есть регулирование человеческого поведения, то правовая обязанность и правомочие не могут иметь иного содержания, кроме человеческого поведения (и другие сопутствующие факты в связи с человеческим поведением). И речь в данном отношении может идти только о поведении отдельного человека. То, что международное право обязывает и управомочивает государства, означает, что оно обязывает отдельного человека не непосредственно, но опосредованно, [133] через государственный правовой порядок (персонифицированным выражением которого является «государство») — в отличие от прямого обязывания международным правом самого государственного порядка. Обязывание и управомочивание государства через международное право имеют тот же характер, что обязывание и управомочивание некоего юридического лица через правовой порядок отдельного государства. Государство есть юридическое лицо; но нормы международного права, через которые государство как таковое обязывается или управомочивается, являются неполноценными, требующими дополнения. Они определяют только материальный, но не личностный элемент человеческого поведения, имея таковое в качестве своего необходимого содержания. Эти нормы определяют только то, что должно быть сделано или от чего должно воздержаться, но не определяют, кто должен, какой человеческий индивид обязан осуществить предписанное действие или воздержаться от действия. Международное право оставляет правовому порядку отдельного государства определять то, кем будет этот индивид. Юридический смысл своеобразия международного права оказывается исчерпанным таким делегированием полномочий — международное право «обязывает и управомочивает только государства», и поэтому «субъектами международного права являются только государства». При этом проявляются только простые опосредованные (осуществляемые именно через государственный правовой порядок) обязывание и управомочивание отдельно человека со стороны международного права.

Впрочем, такое простое опосредованное установление поведения отдельного человека со стороны международного права есть только правило. В этом отношении как в области общего обычного международного права, так и в сфере партикулярного договорного международного права имеются важные исключения. Речь идет о тех случаях, в которых норма международного права непосредственно обязывает и управомочивает отдельного человека. [134] При этом из нормы международного права напрямую не только не следует, что должно сделать и от совершения чего должно воздержаться, но и также не определяется, какой человек должен совершить дозволенный или запрещенный международным правом поведенческий акт. Тем не менее в данных случаях отдельный человек непосредственно выступает в качестве субъекта международного права. Пропорционально степени, в которой международное право вторгается в те вопросы, которые до этого нормировались только правовым порядком отдельного государства, должна усилиться тенденция международного права к прямым обязыванию и управомочиванию индивидов. В той степени,

в которой развивается данная тенденция, индивидуальная и виновная ответственность должна прийти на смену коллективной и объективной ответственности. Одновременно должно продолжиться заметное сегодня только в рамках партикулярных международно-правовых сообществ образование центральных органов для создания и реализации правовых норм. Как и в процессе развития государственного правового порядка, здесь централизация сначала распространяется на судоговорение и ведет к образованию международной юстиции.

50. Единство международного права и права отдельного государства

а) Единство предмета как гносеологический постулат

Все описанное здесь развитие юридической техники в итоге обнаруживает тенденцию к стиранию пограничной линии между международным правом и государственным правовым порядком. В этой перспективе в качестве конечной цели реального правового развития, направленного на все усиливающуюся централизацию, предстает организационное единство универсального мирового [135] правового сообщества, т. е. образование некоего мирового государства. Пока о таком государстве еще не может идти речь. Нам дано только умопостигаемое единство всего права. Иными словами, международное право в совокупности с отдельными государственными порядками можно понимать в качестве единой системы норм — точно так же правовой порядок отдельного государства принято рассматривать в качестве единства.

Этому тезису противостоит традиционное понимание международного права и права отдельного государства как двух различных, независимых друг от друга, изолированных по отношению друг к другу нормативных систем, зиждущихся на двух различных основных нормах. Эта дуалистическая конструкция (с учетом множества государственных правовых порядков ее лучше даже называть «плюралистической») оказывается логически совершенно несостоятельной, поскольку нормы международного и государственного права действуют одновременно и равным образом могут рассматриваться как правовые нормы. В основании этого воззрения на право, которое также разделяется и представителями дуалистической доктрины, лежит гносеологическое требование — рассматривать все право как одну систему, т. е. рассматривать его в одной и той же перспективе как замкнутое на себе целое. При этом юридическое познание одинаково воспринимает в качестве права и материал, характерный для международного права, и материал, представленный во внутригосударственном праве, т. е. относит и то, и другое к категории действительных правовых норм. В этом юридическое познание подобно естественным наукам, задачей которых является представление их предмета в качестве целостности. Негативным критерием такого единства [136] является непротиворечивость. Данный логический принцип действует и в области нормативного познания. Нельзя одновременно утверждать действие нормы с содержанием *а* и действие нормы с содержанием *не-а*. Можно лишь утверждать с учетом имеющихся фактов, что фактически были установлены нормы с исключаящим друг друга содержанием, что эти нормы мыслятся, соблюдаются или не соблюдаются нормаадресатами. Такое высказывание, отсылающее к природным фактам, не содержит в себе логического противоречия точно так же, как не является противоречивой

констатация существования двух противоположно направленных сил. Нельзя утверждать, что две нормы с исключаящим друг друга содержанием могут действовать одновременно, т. е. что одновременно можно быть должным сделать и *a*, и не-*a*, так же как нельзя утверждать, что одновременно существует и *a*, и не-*a*. Если юридическое познание встречается с правовыми нормами, содержание которых противоречит друг другу, то оно пытается снять данное противоречие через его смыслообразующее толкование, рассматривая его в качестве только кажущегося противоречия. Если это не удастся, то юридическое познание исключает подлежащий толкованию материал из сферы права (которая одновременно является сферой смыслов) как бессмысленный, считая его несуществующим. Тем самым лишь констатируется фактическая тенденция, имманентная юридическому познанию. При рассмотрении проблемы толкования данный процесс уже был проанализирован.

b) Взаимоотношение двух нормативных систем

Когда юрист рассматривает и международное право, и внутригосударственное право как единый комплекс действующих, т. е. [137] обязывающих, норм (но не как конгломерат природных фактов), он не может делать это иначе, как через видение этих комплексов норм в качестве некоей непротиворечивой системы. В принципе, такое видение возможно в двух перспективах. Либо два на первый взгляд различных комплекса норм образуют единую систему за счет того, что один порядок представляется подчиненным другому. В этом случае один порядок, т. е. одна норма, заимствует основание своей действительности (и тем самым свою относительную основную норму) в другом порядке, в другой норме, и тем самым обнаруживает общее условие своего создания. Либо два порядка предстают как равные друг другу по рангу, т. е. как взаимно отграниченные друг от друга по пределам своего действия. В таком случае предполагается еще и третий, высший порядок, который определяет порядок создания двух нижестоящих, отграничивая друг от друга пределы их действия и тем самым координируя их сверху. Определение пределов действия, как следует из вышеизложенного, есть определение некоего содержательного элемента нижестоящей нормы через вышестоящую норму. Определение порядка создания может быть как прямым, так и косвенным — в зависимости от того, определяет ли некая вышестоящая норма процесс создания нижестоящих норм либо же ограничивается тем, что устанавливает некую инстанцию, правомочную по своему усмотрению создавать нормы, действующие на определенном пространстве. В таком случае говорят о делегировании полномочий, а единство выше- и нижестоящего порядков обнаруживает характер связи делегированных полномочий. Уже из этого следует, что отношение вышестоящего порядка к множеству нижестоящих, [138] делегированных порядков должно быть отношением тотального порядка по отношению к включенным в него частичным порядкам. Поскольку относительная основная норма нижестоящего порядка образует часть вышестоящего порядка, то можно полагать, что такой нижестоящий порядок включен в вышестоящий, тотальный порядок. А основная норма вышестоящего порядка — как высшая ступень всего порядка в целом — предстает в качестве высшей основы действительности всех норм, включая и нормы нижестоящих порядков.

Если международное и внутригосударственное право образуют единую систему, то их взаимоотношение должно быть представлено в одной из двух предложенных выше форм.

с) Мониристическая или дуалистическая конструкция

Против мониристической конструкции, являющейся для чистого учения о праве лишь гносеологическим следствием, выдвигается следующее возражение: взаимная независимость международного и внутригосударственного права обусловлена возможностью непреодолимого противоречия между содержанием этих двух порядков. Если бы это утверждение было истинным, то было бы вообще невозможно утверждать о том, что внутригосударственное и международное право, равно как два правовых порядка различных государств, являются одновременно действующими нормативными системами. Так же как нельзя утверждать, что мораль и совершенно фактически независимое от нее позитивное право, тем не менее, являются одновременно действующими. Юрист, оперирующий позитивно-правовыми правилами, которые являются действительными нормами, должен абстрагироваться от предписаний морали, если они противоречат позитивному праву. [139] Точно так же и дуалистическая конструкция должна ограничиться рассмотрением некоего государственного правового порядка (порядка своего государства, единство которого предполагается как самоочевидное) в качестве единственно возможной системы действительных правовых норм. Тогда придется отказаться от отнесения правовых порядков всех остальных государств, и в особенности международного права (точнее, обозначаемого этим термином материала), к категории действительных норм; придется рассматривать такие порядки в их фактичности, но не в их нормативности, иными словами, не рассматривать их в качестве права, признавая в качестве такового только правовой порядок своего государства. Эта примитивная точка зрения, опираясь на аргумент самоочевидности, в качестве правового сообщества рассматривает только свое сообщество, а конституирующий это сообщество порядок считает единственно действующим правовым порядком. При этом все лица, не принадлежащие к данному сообществу, считаются бесправными «варварами», а те порядки, в которых они живут (если вообще признается существование каких-то порядков), не рассматриваются в качестве истинного «права», которое было бы равно по силе и по ценности праву данного сообщества. Настоящее международное право вообще не может существовать в рамках подобного воззрения.

И в наши дни такое воззрение не преодолено окончательно. В некоторой степени оно продолжает свое существование в представлении о том, что «правом», т. е. правом в полном и собственном смысле этого слова, является только свой собственный государственный порядок. В этом и заключается по существу бессознательная исходная посылка дуалистической теории.

d) Примат государственного правового порядка

Поскольку не представляется возможным прямое отрицание нормативного характера не только международного права, но и [140] других государственных порядков, то дуалистическая конструкция вынуждена обратиться к фикции для обоснования правовой природы комплексов норм, стоящих за пределами

государственного правового порядка. Согласно этому учению для обретения международным правом обязывающей силы по отношению к некоему конкретному государству, для обретения другими государствами значения правовых сообществ по отношению к этому «своему» для теоретика государству должно произойти «признание» других государств данным государством. Основанием действительности международного права и правовых порядков других государств будет сам правовой порядок рассматриваемого государства, в котором проявляется «воля» государства как высшей правовой сущности в обществе. Таким образом, международное право действует только при условии признания его в качестве обязательного со стороны государства. Поэтому международный правовой порядок не будет занимать вышестоящее, независимое, изолированное положение по отношению к отдельному государственному порядку — он будет (если вообще в таком аспекте можно его обозначать как право) частью, добровольно интегрированной в государственный правовой порядок, своего рода «внешним государственным правом». Иными словами, он будет воспринят благодаря тому, что будет «признан» высшей нормой государственного правового порядка, которая регулирует отношение этого государства к другим государствам. Поскольку юридическое бытие других государств основывается на признании со стороны данного конкретного государства, то получается, что правовой порядок «своего» государства распространяется на правовые порядки других государств, что правовой порядок «своего» государства, восприняв международное право, делегирует полномочия другим государствам, т. е. соответствующим правотворческим органам этих государств в пределах [141] их компетенции. В этом и состоит теоретико-правовой смысл учения, согласно которому другое государство должно быть признано «своим» государством для того, чтобы, с точки зрения последнего, действовать в качестве обязывающего в пределах своей компетенции правового порядка. Теория признания связывает правовой порядок некоего одного государства (с позиций которого конструируется подобная схема) с правовыми порядками всех других государств через связь делегированных полномочий. И в этом вновь обнаруживается настойчивая тенденция к единству юридического мировоззрения, которая имманентна юридическому познанию и проявляется несмотря на волю субъектов этого познания; хотя она проявляется и не в качестве принципа примата международно-правового порядка, а в качестве принципа примата внутригосударственного правового порядка.

Дуалистическая конструкция приходит к саморазрушению, следуя логике теории признания, неотделимой от этой конструкции. Она вынуждена рассматривать в качестве источника юридически действительных норм не только собственный правовой порядок, но и правовые порядки других государств, правовой порядок международного права. Следствием такой конструкции, в котором ее авторы никогда полностью не отдают себе отчет, очевидно является определенная базовая политическая установка. Речь идет об отстаивании тезиса о суверенитете государства, согласно которому государство предстает в качестве высшего, абсолютного правового сообщества. Естественно, речь здесь может идти только о суверенитете «своего» государства, от которого исходит вся рассматриваемая конструкция. Но тогда в своем изначальном значении суверенитет одного государства [142] несовместим с суверенитетом другого государства.

Догма государственного суверенитета с вытекающим из нее приматом правового порядка отдельного государства полностью соответствует субъективистскому мировоззрению, которое, в конечном счете, впадает в солипсизм, утверждает, что «Я» находится в центре мира, и желает понять мир как волю и представление этого «Я». Подобному государственному субъективизму идея примата международного правового порядка противостоит как особое объективистское мировоззрение и правопонимание.

е) Отрицание международного права

Субъективизм в деле познания мира исходит из своего собственного «Я» и тем самым приходит к растворению этого «Я» в универсуме. Но через утверждение суверенного «Я» субъективизм не способен познать объективный мир, не способен признать другого субъекта, который выступает со схожей претензией на суверенитет в качестве «не-Я», в качестве другого «Я», стремящегося найти «Ты», признать его в качестве сущности, равной своему «Я». Здесь монистическая конструкция опять-таки разрушает тенденцию дуализма, пытающегося через теорию признания утвердить догму суверенитета. Идея примата правового порядка отдельного государства оказывается совершенно несовместимой с представлением о множестве равноправных государств, чья компетенция юридически разграничена. В конечном счете, примат правового порядка отдельного государства означает не только отрицание суверенитета всех других государств (и тем самым, с точки зрения [143] догмы суверенитета, отрицание их юридического существования в качестве государств), но и отрицание международного права.

Если исходить из представления о поглощении международного права правовым порядком отдельного государства, то международное право полностью утрачивает свою сущность. Ведь в рамках правового порядка отдельного государства оно уже не может выполнять свойственную ему функцию уравнивания между собой всех государств. Нормы, регулирующие внешнеполитическое поведение некоего государства, становятся внутренним правом этого государства. Основанием действительности этих норм будет конституция государства, воспринимающего международное право. Но тогда эти нормы могут утратить свою действительность в установленном конституцией порядке, в крайнем случае через конституционные поправки. При этом утратит свою правовую природу и порядок другого государства, который основывается на признании со стороны права первого государства. В своей логической последовательности теория примата правового порядка отдельного государства возвращается к исходной точке — речь идет всего лишь о своем собственном государственном правовом порядке, который действует в качестве права.

С учетом идеологической природы права то или иное истолкование определенных фактов, как было показано выше, выступает результатом лишь возможного, опирающегося на постулат об основной норме мыслительного процесса и поэтому не является единственно необходимым истолкованием. Поэтому нельзя отрицать теоретическую возможность такой точки зрения, которая в качестве права понимает только порядок отдельного государства и то, что из этого порядка исходит. Если же пытаться избежать логических следствий, [144] вытекающих из примата правового порядка отдельного государства, то

представление о примате международного правового порядка оказывается неизбежным.

f) Разрушение «противоречия» между международным и государственным правом

Сама фикция, необходимая для дуалистической концепции, о том, что действительность международного права по отношению к отдельному государству опирается на признание со стороны этого государства, позволяет снять основное возражение, обращенное против монистической конструкции отношений между международным и государственным правом. Это возражение заключается в предположении о непримиримом противоречии между данными двумя правовыми порядками. Такое противоречие невозможно, если одна и та же «воля» осуществляет признание в международном праве и проявляет себя в государственном праве; при этом нужно учитывать, что так называемая «воля» государства есть лишь антропоморфное выражение долженствования нормы. Во всем остальном тот факт, который обозначается в качестве «противоречия» между международным и государственным правом, не имеет ничего общего с логическим противоречием. Речь здесь идет лишь об особом случае рассмотренного выше конфликта между нормами выше- и нижестоящей ступеней. Если кто-то говорит о таком противоречии между международным и государственным правом, то факт заключается в том, что закон некоего государства противоречит некоему международному договору, заключенному между этим и другим государством. Но тем самым никак не затрагивается действительность государственной или международной нормы — аналогичный факт встречается и во [145] внутригосударственном правовом порядке, хотя из-за этого не ставится под сомнение единство этого порядка. Неконституционный закон является действительным и остается таковым, но из-за этого конституция не должна рассматриваться как утратившая силу или как измененная. Даже незаконное судебное решение является действительной нормой и сохраняет свое действие до того момента, пока не будет отменено другим судебным актом. Выше уже было ясно показано, что «противоречащая норме» норма не означает логического противоречия между выше- и нижестоящей нормами — речь идет лишь об оспоримости нижестоящей нормы или об ответственности издавшего такую норму органа. При этом следует заметить, что издание «противоречащей норме» нормы может содержать состав правонарушения, поскольку правовой порядок может связывать с этим применение особого акта принуждения в качестве последствия правонарушения. Из вышеизложенного также следует, что как таковой данный состав правонарушения не находится в логическом противоречии с нормой, устанавливающей этот состав. Нет никаких логических проблем в том, что действительная правовая норма создается в силу акта, квалифицируемого как противоправный. За издание нормы могут быть применены последствия правонарушения, но при этом изданная норма будет сохранять свою действительность. Она будет действовать не только в том смысле, что она сохраняет свою юридическую силу до отмены через другой правовой акт, но и в том смысле, что эта норма не может быть отменена только по причине своих недостатков.

Такое же отношение имеет место между международным и государственным правом. Смысл, в котором международное право обязывает государство

к некоему действию, в особенности к изданию нормы определенного [146] содержания, заключается исключительно в следующем: противное действие государства или установление государственной нормы противоположного содержания является условием, с которым международное право связывает особую санкцию — последствие правонарушения в виде репрессалии или войны. Созданная в результате «нарушения» международного права норма остается действительной даже с точки зрения международного права. Это право не предусматривает процесса, через который «противоречащая международному праву» норма государственного правового порядка может быть признана недействительной. Такая возможность дана только в рамках партикулярного международного права. Отношение международного права к так называемой «противоречащей международному праву» норме государственного правового порядка — то же, что и отношение государственной конституции, которая устанавливает некий каталог основных прав и тем самым определяет содержание будущих законов, к закону, нарушающему эти основные права и поэтому противоречащему конституции. Ситуация полностью повторяется, если предположить, что эта конституция, так же как конституции большинства стран, не устанавливает процесс отмены закона по причине его неконституционности, ограничиваясь только указанием на возможность привлечь к личной ответственности тот орган, который издал так называемый неконституционный закон. Определение содержания государственного правового порядка со стороны международного права происходит точно так же, как происходит определение содержания будущих законов через конституцию, не предусматривающую конституционной юстиции — в альтернативном смысле. Поэтому не исключается возможность наличия закона с иным содержанием, чем предписанное, — такая возможность даже делегируется, хотя бы и не [147] напрямую. Дисквалификация такого содержания происходит через квалификацию действий по изданию таких норм в качестве состава правонарушения, но при этом не затрагивается действительность самих этих норм. Ни эти называемые «противоречащими международному праву» нормы, ни изданные в их исполнение нормы не вступают в логическое противоречие с международным правом. Таким образом, с этой стороны нет никаких препятствий к допущению единства международного и государственного права.

г) Примат международно-правового порядка

Данное единство сохраняется не только в негативном смысле — как отсутствие логического противоречия между двумя комплексами норм, но и в позитивном. Повсеместно, и в особенности сторонниками дуалистической конструкции, допускается, что государства или, если избегать персонификации, государственные правовые порядки скоординированы по отношению друг к другу, юридически разграничены по областям действия, особенно в территориальном аспекте. Это возможно только в том случае, если над отдельными государственными правовыми порядками предполагать существование некоего правового порядка, который их координирует и определяет пределы их взаимной компетенции. Этим высшим порядком может быть только международно-правовой, — фактически, он таковым и является. Иными словами, данную функцию выполняют нормы позитивного международного права.

Ранее упомянутое юридическое правило общего международного права — а оно признано как в теории, так и на практике — определяет (если использовать обычные выражения), что правительство, пришедшее к власти через революцию [148] или через государственный переворот, будет считаться легитимным с точки зрения международного права, если оно способно обеспечить длительное повиновение нормам, издаваемым данным правительством. Это означает, что непосредственный принудительный порядок принуждения будет действовать в качестве легитимного, т. е. обязывающего правового порядка по отношению к той сфере, в которой он в общем и целом соблюдается, — иными словами, создаваемое через такой порядок сообщество будет рассматриваться в качестве государства в международно-правовом смысле. Такой принцип эффективности, как базовый юридический принцип позитивного международного права, применительно к правовому порядку отдельного государства означает наделение этого порядка действительностью через международное право. Если в позитивно-правовом аспекте возникновение некоей нормоустанавливающей власти, порядок которой в течение длительного времени эффективно действует на определенной территории, символизирует создание правотворящего авторитета, то это происходит потому, что данное качество сообщается данному порядку международным правом. Или, что то же самое, потому, что международное право наделяет такой порядок компетенцией на правотворчество. При этом международное право одновременно определяет пространственные и временные пределы действительности образованного таким образом правового порядка. Территория отдельного государства (т. е. пределы действия правового порядка этого государства) согласно предписаниям международного права распространяется на то пространство, на котором данный правовой порядок действителен. Международное право гарантирует эти территориальные пределы действия, связывая с вторжениями в защищаемую сферу правового порядка определенные негативные последствия. За определенными исключениями сущность разграничения правовых порядков состоит, по сути, в том, что каждое государство может действовать как аппарат принуждения только в тех пределах, которые закреплены за ним [149] и гарантированы международным правом. Если же не использовать образный язык, то отдельный государственный правовой порядок может устанавливать свои специфические акты принуждения только в пределах, закрепленных за ним международным правом, и, чтобы не нарушать международное право, данные акты должны осуществляться только в этих пределах. Таким образом, в юридическом плане оказывается возможным территориальное соседство множества государств, т. е. множества принудительных порядков. Но не только территориальное, но и временное соседство (т. е. пределы действия государственного правового порядка во времени) определяется международным правом. Согласно принципу эффективности определяются начало и конец юридической действительности государственного порядка. С этой точки зрения, возникновение и прекращение государства представляют собой правовые явления точно так же, как и учреждение и ликвидация юридического лица в пределах внутригосударственного права. Международное право также имеет значение в плане материальных пределов действительности государственного правового порядка. Поскольку международно-правовые нормы, в особенности нормы, созданные

через международные договоры, могут распространяться на все возможные предметы, включая и те, которые до этого регулировались правовыми порядками отдельных государств, то международное право определяет материальные пределы действительности таких порядков. Подчиняясь международному праву, отдельные государства сохраняют компетенцию нормировать, по существу, все. Но эта компетенция принадлежит государствам лишь постольку, поскольку международное право не подчиняет себе ту или иную область и тем самым не выводит эту область из сферы регулирования [150] государственного правового порядка. Если предполагать, что международное право есть сверхгосударственный правовой порядок, то государственное право уже не обладает верховенством. Государственный правовой порядок выдвигает претензию на всеобщность, но данная претензия ограничивается международным правом. Иными словами, государственное право не будет заранее ограничено определенными предметами, как другие непосредственные международные правовые порядки или правовые сообщества, конституированные через международно-правовой договор.

h) Государство как орган международно-правового сообщества

Государство, понятие которого мы теперь определяем через международно-правовой порядок, является непосредственным, частичным, относительно централизованным правовым порядком, для которого пределы юридической действительности установлены международным правом в пространственном и временном аспектах, а претензия на всеобщность регулирования ограничена только через вводимые международным правом условия.

Если использовать обычный персонифицирующий способ описания отдельного государства, то данный частичный правовой порядок может быть обозначен как орган международно-правового сообщества. Только в качестве такого отдельное государство участвует в создании международного права. Это чрезвычайно важно в плане договорного создания международного права, которое, по мнению многих авторов, является единственным способом изменения и дополнения действующего международного права. Соответственно, правотворчество через обычное право, которое выступает источником всеобщего международного права, конструируется такими авторами как молчаливый договор [151] только для того, чтобы утвердить догму суверенитета и чтобы возвести действительность международного права к свободной воле отдельных государств. Однако такая конструкция основана на самообмане. Если рассматривать договор как правотворящий факт, то созданная через договор норма должна обязывать и уполномочивать не одно, а сразу два договаривающихся государства (т. е. органы и подданных этих государств — хотя бы опосредованно), которые через договор взаимно координируют друг друга. Но для этого нужно предположить некую норму, которая устанавливает, что заключенный государством договор есть правотворящий факт. Такая норма не может быть нормой правового порядка отдельного государства — она может быть только составной частью некоего высшего правового порядка, стоящего над государственными правовыми порядками и координирующего их. Через норму государственного правового порядка, — а если выразиться образно, то через волю отдельного государства — не может обязываться и уполномочиваться другое

государство, т. е. органы и подданные другого государства. Если эти государства равны между собой, то каждое из них может обязывать и уполномочивать только своих собственных подданных. Правовая компетенция отдельного государства не выходит за пределы действия правового порядка этого государства. Правовая компетенция двух государств не может быть представлена как сумма двух математических величин. Поэтому если нет акта делегирования полномочий от некоего высшего порядка, то даже два государства вместе не могут через договор создавать нормы, которые бы взаимно действовали в пределах их правовых порядков. Теоретически процесс создания [152] международно-правовых норм может быть понят только с точки зрения общего международного права, ведь именно оно регулирует процесс правотворчества, в рамках которого договор между государствами рассматривается как метод создания права, — иными словами, в рамках которого договор обязывает государства вести себя сообразно договору. В этой перспективе те полномочные представители договаривающихся государств, которые участвуют в заключении договора между государствами, образуют единый, хотя и коллегиальный орган. Но это не общий для двух государств орган — это орган сообщества двух государств, который конституируется через общее международное право. Именно международное право делегирует правовому порядку отдельного государства правомочие определять то лицо, которое выражает договорную волю этого государства от его имени. Точно так же и действующие при заключении договора представители договаривающихся государств являются в первую очередь одним из органов создающей договорную норму системы органов международно-правового сообщества, и лишь во вторую очередь этот орган является частью системы органов своего государства. Вопреки тому, что принято утверждать под влиянием догмы суверенитета, не государство создает возникающее через международные договоры право — это делают государства, а точнее, международно-правовое сообщество. Точно так же как именно государство создает государственное право через государственные органы.

Если мы говорим о государстве как об международно-правовом органе, то это лишь образное выражение для правового порядка отдельного государства. Этот порядок опосредуется международно-правовым порядком, он включен в связь делегированных полномочий, общую для всех государственных правовых порядков; [153] структура данной связи будет описана далее.

В чисто позитивном смысле данная структура образует единство универсальной правовой системы. Это есть лишь эпистемологическое, но не организационное единство — во избежание недоразумений мы должны подчеркивать это каждый раз. Тем самым структура государственного устройства как правовая сущность освобождается от абсолютности, которую для него уготовала догма суверенитета. Чистое учение о праве релятивизирует государство. Оно признает государство в качестве промежуточной ступени и тем самым приходит к выводу о том, что универсальное международно-правовое сообщество образует длительное чередование постепенно переходящих друг в друга правовых структур. Это сообщество охватывает собой все государства и делится на государственные правовые сообщества.

i) Чистое учение о праве и развитие права в мире

Важнейшее достижение чистого учения о праве — теоретическое разрушение догмы суверенитета, которая является основным инструментом идеологии империализма, направленным против международного права. Хотя бы этот результат был достигнут совсем не с каким-то политическим намерением, он тем не менее может оказать политическое воздействие. Ведь тем самым устраняется препятствие, которое непреодолимо стояло прямо на пути технического развития международного права и дальнейшей централизации международно-правового порядка. Чистое учение о праве противопоставляет себя той аргументации, которая объявляет такое развитие несовместимым с природой международного права или с сущностью государства, т. е. со всем, что может быть выражено с помощью понятия суверенитета. [154] В конечном счете, чистое учение о праве разоблачает попытку придать видимость неопровержимого по своей природе логического доказательства тому исключительно политическому аргументу, против которого можно возражать такими же политическими аргументами. По меньшей мере, за счет этого наше учение высвобождает политико-правовое развитие от связывающих его ложных представлений, не оправдывая и не постулируя тот или иной вариант развития. В качестве теории чистое учение о праве всегда остается безразличным к правовой политике.

Констатация подобного возможного воздействия чистого учения о праве не наносит никакого ущерба его чистоте. Хотя бы точные естественные науки и не имели иной цели, кроме достижения чистого знания, только они делают возможным развитие техники. В этом смысле можно сказать, что чистое учение о праве создает существенную предпосылку для организационного единства централизованного мирового правового порядка за счет того, что это учение релятивизирует понятие государства и обеспечивает эпистемологическое единство всего права.