
Е. В. Булыгин

ПРОБЛЕМА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ПО КЕЛЬЗЕНУ*

1. Введение. Нет никакого сомнения в том, что чистое учение о праве Кельзена стремится быть позитивистской и нормативистской теорией права. Менее очевиден ответ на вопрос о том, можно ли считать успешным данное предприятие. Кельзен осознает опасность, грозящую его чистой теории права: «Перед позитивистской теорией права стоит задача: правильно найти середину между двумя ошибочными крайностями. Одна крайность — это утверждение о том, что между действительностью (*Geltung*) как долженствованием и действительностью (*Wirksamkeit*) как бытием вообще нет никакой связи, что действительность права совершенно не зависит от его действительности. Другая крайность — утверждение о тождестве действительности и действительности права».¹

Первая крайность представлена учением о естественном праве, вторая — «реалистическими» теориями. По мнению Стенли Полсона, срединный путь Кельзена характеризуется двумя тезисами: тезисом о разделении и тезисом о нормативности.² Первый тезис говорит о том, что между правом и моралью нет никакой необходимой (т.е. понятийной) связи; второй тезис утверждает, что право и факт разделимы: право состоит из норм, которые не могут быть редуцированы к фактам.

Можно усомниться в том, что на своем срединном пути между Сциллой фактов и Харибдой естественного права Кельзен мог удержать свой курс, выдвигая два названных тезиса, не потерпев при этом кораблекрушения на одной из этих двух скал. В недавно вышедшей книге Бруно Челано выдвигает мнение о том, что Кельзен потерпел неудачу на обоих фронтах.³ По его мнению, и тезис о разделении, и тезис о нормативности, в конечном счете, оказываются неприемлемыми для чистого учения о праве.

Тезис о нормативности угрожает связи между действительностью и действительностью. Кельзен неоднократно повторяет, что действительность является

* Оригинал опубликован в: *Bulygin E. Das Problem der Geltung bei Kelsen // Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts / hrsg. S. L. Paulson, M. Stolleis. Tübingen, 2008. S. 80–95.*

Перевод с нем. М. В. Антонова. Перевод выполнен при финансовой поддержке РФНФ (грант 11-03-00637а).

¹ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 215 [цит. по.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Сб. переводов. М., 1987. Вып. 1. С. 111].*

² *Paulson S. L. Die unterschiedlichen Formulierungen der «Grundnorm» // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag / hrsg. A. Aarnio et al. Berlin, 1993. S. 53–74.*

³ *Celano B. La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica. Bologna, 1999.*

только *conditio sine qua non* (лат. необходимым условием) действительности, но не является *conditio per quam* (лат. достаточным условием). Хотя не совсем ясно, что он имеет в виду под этими выражениями, можно склониться к мысли, что действительность является только необходимым, но не достаточным условием для действительности. Однако тексты Кельзена не оставляют никакого сомнения в том, что это не так. Основная норма постулируется только тогда, когда базирующийся на ней правопорядок действителен, независимо от содержания правопорядка. Итак, действительность есть необходимое (без действительности нет действительности) и одновременно достаточное условие (без действительности нет действительного правопорядка) для постулирования основной нормы, и при этом она является единственным критерием для действительности правопорядка.

Вместе с тем, если понимать действительность как обязательность нормы, то высказывание о том, что некая норма действует, будет прескриптивным — ведь тогда приказывается следовать этой действующей норме: «Тот факт, что некоторая относящаяся к человеческому поведению норма “действительна”, означает, что она обязывает человека (т. е. что он должен) вести себя предусмотренным нормой образом».⁴

Однако тогда наука о праве уже не будет свободным от ценностей описанием позитивного права — она будет формой политической идеологии. Она станет оправданием существующего права, которое содержит в себе предписание применять и соблюдать это существующее право. Тем самым оправдывается любой существующий правопорядок, а фактическое (действительность), как кажется, оказывается единственным критерием справедливости правопорядка. От обоих упомянутых Полсоном тезисов ничего не остается.

В этой короткой статье я бы хотел защитить кельзеновское чистое учение о праве от подобного пессимистического истолкования — такую защиту я принимаю не только против Челано, а прежде всего против самого Кельзена. Ведь с трудом можно усомниться в том, что многие из кельзеновских формулировок несовместимы с его нормативным правовым позитивизмом. Поэтому в настоящей работе речь идет не об интерпретации, а, скорее, о реконструкции учения Кельзена.

В этом смысле я бы хотел сразу обозначить следующие тезисы чистого учения о праве в качестве основополагающих и поэтому неприкосновенных. Все утверждения Кельзена, которые несовместимы с этими тезисами (а как мы увидим в дальнейшем, таких тезисов огромное множество), должны быть удалены из чистого учения о праве, чтобы это учение представляло собой непротиворечивую теорию.

1. *Правовой позитивизм.* Все право есть позитивное право, т. е. оно состоит из норм, создаваемых и отменяемых через человеческие действия.

2. *Моральный скептицизм.* Не существует каких-либо «истинных норм». Нормы в целом и моральные нормы в частности не являются ни истинными, ни ложными. Нет каких-либо нормативных фактов, которые соответствовали бы моральным нормам; следовательно, объективное познание в морали не дано.

⁴ Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. S. 196 [цит. по: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 102].

3. *Разделение Сущего и Должного.* Из того, что нечто существует, не следует, что это нечто должно быть; и наоборот, из того, что нечто должно быть, не следует, что это нечто существует.

4. *Свободная от ценностей наука о праве.* Наука о праве состоит в описании позитивного права, а не в его оценке. Оценка позитивных правопорядков в качестве справедливых или несправедливых является делом политики, а не науки.

2. *Действительность как принадлежность.* Трудно отвечать на вопрос о том, что в чистом учении о праве понимается под «действительностью». В работах Кельзен есть много различных формулировок,⁵ и нелегко определить, какую из них следует рассматривать в качестве дефиниции понятия (или понятий) действительности. Можно выделить по меньшей мере два разных понятия, которые в работах Кельзена обозначаются при помощи высказывания «действительность». Оба этих понятия играют очень важную роль в чистом учении о праве: действительность как обязательность норм и действительность как принадлежность норм к правопорядку.

Действительность как обязательность означает, что обязательно действовать согласно норме. Это — *нормативное* понятие действительности.

Напротив, утверждение о том, что определенная норма принадлежит к определенной правовой системе, является дескриптивным высказыванием, которое может быть истинным или ложным в зависимости от того, содержит ли данная система соответствующую норму. Итак, действительность, понимаемая как принадлежность, является *дескриптивным* понятием действительности. Кроме того, здесь очевидным образом идет речь об относительном понятии, которое описывает отношение или связь между некой нормой и некой определенной системой. Некая норма может принадлежать к одной системе, но не принадлежать к другой; в определенный момент времени такая норма может принадлежать к некой системе, а в другой момент времени — не принадлежать.

Кельзен ставит проблему принадлежности нормы к правовой системе с помощью следующего вопроса: «На чем основано единство множества норм? Почему данная норма относится именно к данному порядку? А этот вопрос непосредственно связан с другим: почему эта норма действительна? Каково основание ее действительности?»⁶ К сожалению, Кельзен продолжает эту фразу следующим образом: «А этот вопрос стоит в тесной взаимосвязи с вопросом о том, почему действует некая норма, каково основание ее действительности». Ответ Кельзена, сразу следующий за этим вопросом, ясно показывает, что здесь речь идет о совершенно другой проблеме: «То, что связанная с поведением человека норма “действует”, означает, что человек должен действовать определенным этой нормой образом». Вопросы о принадлежности нормы к правовой системе и об обязательности нормы должны быть четко отделены

⁵ Кроме обязательности и принадлежности Кельзен говорит о действительности как об особом бытии норм: «Словом “действительность” (*Geltung*) мы обозначаем специфическое существование, свойственное норме» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 9* [цит. по: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 10]). Значение этого высказывания далеко от ясности. Ср.: *Celano B. Validity as Disquotatation // Analisi e Diritto. 1999. P. 35–77, особо P. 36–37.*

⁶ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 196* [цит. по: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 102].

друг от друга, поскольку речь идет о двух совершенно разных понятиях. Вообще при разговоре о кельзеновской теории лучше избегать употребления слова «действительность» и вместо этого слова сразу говорить о принадлежности и об обязательности.

3. Правопорядок и правовая система. Когда же некая норма принадлежит к некоему правопорядку? Ответ Кельзена на этот вопрос таков: определенная норма принадлежит к некоему правопорядку, если эта норма издана правомочным или компетентным органом власти, а компетенцией или правомочием издавать эту определенную норму данный орган власти наделен некой (высшей) нормой.⁷ Скоро мы увидим, что это не является единственным критерием принадлежности. Здесь целесообразно проводить различие между правовой системой и правопорядком — чего Кельзен, к сожалению, не делает. Выражение «правовая система» должно обозначать некое множество норм права, заданных в определенный момент времени, т. е. некую моментальную систему в смысле Дж. Раза.⁸ Напротив, под правопорядком должна пониматься расположенная во времени последовательность или очередность правовых систем. Те моменты времени, применительно к которым будет относиться правовая система, определяются актами создания и отмены норм.⁹ Любой интервал между двумя такими актами определяет срок существования некой правовой системы. Отсюда следует, что правовые системы обычно имеют краткий срок существования — как скоро через нормотворческий акт вводится некая новая норма или актом отмены перестает принадлежать к системе некая ранее принадлежавшая к ней норма, так сразу возникает новая система. Тождество системы определяется через тождество ее элементов (норм). Напротив, правопорядок может существовать в течение длительного времени — на протяжении годов или даже веков.

Если действительность нормы (в смысле принадлежности) обозначать как ее существование, то нужно проводить различие между существованием нормы в правовой системе и ее существованием в правопорядке. Норма существует в правовой системе, если и поскольку она принадлежит к этой системе; норма существует в правопорядке, если она принадлежит к какой-либо из входящих в этот правопорядок систем. Существование нормы в рамках правопорядка не обязательно будет непрерывным.

Каждому моменту времени t , в который была издана или отменена некая норма, соответствует правовая система S_t ; но система S_t состоит не только из всех изданных в момент времени t норм, но и из всех норм, изданных и не отмененных компетентными органами к этому моменту времени. Итак, правовая система содержит в себе все правомерно установленные и не отмененные нормы всех предшествующих правовых систем данного правопорядка.

⁷ «Отдельная норма принадлежит к некоторому порядку, конституируемому такой основной нормой, не потому, что она обладает определенным содержанием, а потому, что она создана предусмотренным основной нормой способом» (*Kelsen H. Reine Rechtslehre*. S. 199 [цит. по: Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 105]).

⁸ *Raz J. The Concept of a Legal System*. Oxford, 1970. P. 34–35.

⁹ В целях упрощения ситуации я оставляю без внимания нормы обычая и рассматриваю только установленные нормы.

Здесь мы встречаемся с трудностью. Чтобы принадлежать к некоей системе, норма должна быть установлена неким компетентным правотворческим органом — но компетенция на создание норм зависит от управомочивающих норм. Некое лицо или некая группа лиц компетентны создать определенную норму, если они управомочены на это нормами, принадлежащими к этой системе. Характеристика принадлежности при помощи компетенции и характеристика компетенции при помощи принадлежности, как кажется, ведут к бесконечному регрессу. Если издание через определенный орган было бы единственным критерием принадлежности, то тогда определение правовой системы фактически было бы циркулярным. Поэтому должны быть нормы, которые принадлежат к системе, но при этом не создаются компетентными правотворческими органами. Эти нормы являются *первичными* нормами системы (они обозначаются как *суверенные* нормы — по фон Вригту,¹⁰ как *независимые* нормы — по Карачоло¹¹). Существование таких норм в любой системе — это логическая необходимость. Множество первичных норм должно содержать по меньшей мере несколько норм компетенции для того, чтобы управомочивать определенные органы к изданию новых норм. Именно такое множество Кельзен называет (исторически) первой конституцией в материальном смысле.¹²

С помощью понятия «конституция в материальном смысле» можно определить *правопорядок* как множество всех правовых систем, которые содержат в себе ту же самую (исторически первую) конституцию (т.е. те же самые первичные нормы). Итак, правопорядок состоит из временной последовательности правовых систем. Единство правовых систем, т.е. тождество некоего правопорядка, определяется исторически первой конституцией: пока речь идет об одной и той же первой конституции, мы имеем дело с тем же самым правопорядком.

Критерий для установления норм, которые принадлежат к одной из систем правопорядка, относящихся к моменту времени t , может быть сформулирован с помощью трех следующих правил:¹³

1) множество V (конституционные нормы) принадлежит к правовой системе S_i ;

2) если некая норма N_1 , которая принадлежит к S_i , управомочивает властный орган X на издание нормы N_2 , если X издает норму N_2 не позднее момента времени t и если N_2 не отменена перед моментом времени t , тогда норма N_2 принадлежит к S_i ;

3) к S_i принадлежат все те нормы, которые являются логическими следствиями из норм, принадлежащих к S_i .

Правило 1 определяет множество первичных норм, т.е. норм, которые принадлежат к (первой) материальной конституции. Такое определение экстенсив-

¹⁰ Wright G. H. von. Norm and Action. A Logical Inquiry. London, 1963. P. 199.

¹¹ Caracciolo R. El sistema jurídico. Problemas actuales. Madrid, 1988.

¹² Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 228.

¹³ Здесь речь идет об упрощенной картине. Полное изложение см.: Bulygin E. 1) Sobre la regla de reconocimiento // Doxa. 1991. N 9. P. 257–279; 2) An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. N 3. P. 29–45 (опубликована также: Normativity and Norms / eds. S. L. Paulson, B. Litschewski-Paulson. Oxford, 1998. P. 297–315).

но. Правило 2 представляет собой критерий для динамического установления норм. Оно допускает введение новых норм в правовую систему путем нормотворческого акта и исключение из нее существующих норм путем акта дерогации. Правило 3 обеспечивает логическую замкнутость правовой системы.¹⁴

Эти три правила представляют собой рекурсивную дефиницию правовой системы. Через их последовательное применение можно установить, какие нормы принадлежат к соответствующей системе некоего правопорядка.

4. Действительность, действенность и основная норма. Разделение действительности как принадлежности, с одной стороны, и действительности как обязательности — с другой, позволяет прояснить проблему связи между действительностью и действенностью.

Прежде всего, мы видим, что принадлежность нормы к правовой системе (если речь идет об установленных нормах) не зависит от действенности. Имеет смысл задаться вопросом о том, принадлежит ли некая норма к некоей правовой системе, если и эта норма, и эта система не обладают действенностью. По Кельзену, принадлежность некой нормы основана только на правомочности некоего властного органа создать эту норму; действенность здесь не имеет совершенно никакого значения и не упоминается в определении принадлежности. Напротив, обязательность некой нормы зависит от ее действенности: некий полностью лишенный действенности правопорядок, например римское право, сегодня не может рассматриваться в качестве обязательного. Так, Кельзен говорит: «Действенность правопорядка в целом и действенность отдельной правовой нормы... представляют собой условие действительности; действенность есть условие в том смысле, что правопорядок в целом и отдельная правовая норма перестают считаться действительными, как только утрачивают действенность. Действенность правопорядка, так же как и факт его установления, не является основанием его действительности. Основание действительности, т. е. ответ на вопрос о том, почему нормы этого правопорядка должны соблюдаться и применяться, есть постулируемая основная норма, согласно которой должно вести себя в соответствии с фактически установленной, в общем и целом действенной конституцией, а значит, и в соответствии с фактически установленными согласно этой конституции, в общем и целом действенными нормами».¹⁵ Из этой цитаты становится очевидным, что Кельзен имеет в виду именно обязательность, а не принадлежность, когда описывает связь между действительностью и действенностью.

Вместе с тем для определения принадлежности постулат основной нормы оказывается излишним. Нужен лишь критерий для установления — такой, как три введенных выше правила. Хотя Кельзен формулирует вопрос об основании действительности первой конституции, он при этом имеет в виду обязательность, а не принадлежность. Не имеет никакого смысла вопрос о том, при-

¹⁴ Речь идет о статичном принципе, согласно которому нормы, логически выводимые из установленных норм, также принадлежат к системе. В правовой системе действуют оба принципа — и статический, и динамический (ср. *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. S. 200 [ср.: *Кельзен Г. Чистое учение о праве*. Вып. 1. С. 106]).

¹⁵ *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. S. 218–219 [цит. по: *Кельзен Г. Чистое учение о праве*. Вып. 1. С. 112].

надлежит ли эта первая конституция к некоему правопорядку, поскольку сам правопорядок определяется с помощью этой (первой) конституции. Цепочка динамического установления начинается с конституции — речь здесь идет *per definitionem* (лат. по определению) о первом звене цепочки. Поэтому проблемой принадлежности и проблемой тождества некой системы или некоего порядка можно заниматься, не прибегая при этом к постулированию кельзеновской основной нормы.

При этом обнаруживаются два важных следствия из разделения обязательности и принадлежности.

5. Действительность как обязательность. Из предшествующего анализа следует, что как основная норма, так и действительность связаны не с принадлежностью, а с обязательностью. Смешение этих двух понятий, для обозначения которых Кельзен употребляет один и тот же термин «действительность», приводит к значительным трудностям при истолковании кельзеновских работ.

Далее детально рассмотрим понятие обязательности. Альф Росс резко критиковал применение понятия «действительность» в смысле обязательности:¹⁶ норма обязательна, если должно действовать согласно норме. Но что означает такое «должное»? Какой вид обязательства тем самым возлагается?

«Обязанность всегда является обязанностью вести себя определенным образом. В данном случае требуемое поведение — это «повиновение праву». Как же мы можем повиноваться праву? Путем исполнения наших правовых обязанностей, например, путем возврата наших долгов. Следовательно, обязанность повиноваться праву не предписывает какого-либо иного поведения, кроме того, что уже предписано самим правом. В свою очередь, из этого следует, что если обязанность повиноваться предписаниям правовой системы должна означать что-либо иное, кроме как предписанное этой системой обязательство, тогда различие не может состоять в *требуемом поведении* — в том, что мы обязаны совершить. Такое различие может заключаться лишь в том, *каким образом* мы обязываемся к этому. Значение заложенной в правовую систему обязывающей силы заключается в том, что соответствующие правилам этой системы юридические обязательства (например, обязанность возратить долг) являются не только правовыми обязанностями, вытекающими из угрозы правовых санкций. Они равным образом являются и нравственными обязанностями, вытекающими из естественно-правовых принципов, которые наделяют данную правовую систему валидностью или обязывающей силой. Обязанность повиноваться праву является нравственной обязанностью *перед* правовой системой, а не юридической обязанностью *согласно* этой системе. Обязанность перед системой не может проистекать из самой этой системы, но должна следовать из правил или принципов, находящихся за рамками системы».¹⁷

¹⁶ Ross A. Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law // *Revista Juridica de Buenos Aires*. 1961. N 4. P. 46–93 (опубликована также в: *Normativity and Norms*. P. 147–163).

¹⁷ Ross A. Validity and the Conflict... P. 153–154 [цит. по: Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // *Российский ежегодник теории права*. № 2. 2009. С. 464].

Росс утверждает, что такая позитивистская теория, как чистое учение о праве, не может использовать *данное* понятие, не перешагивая при этом границы свободной от ценностей науки о праве. Такая теория была бы своего рода естественно-правовым учением, которое обозначается Россом как «квазипозитивизм». Итак, мы стоим перед дилеммой. Либо утверждение «правовые нормы являются обязательными» лишено содержания. Если под обязательностью подразумевается правовая обязанность, то она оказывается излишней. Ведь нет никакого смысла предписывать: должно сделать то, что и так должно сделать. Либо под обязательностью имеется в виду некая моральная обязанность, которая несовместима с кельзеновским позитивизмом. И если человек морально обязан следовать правовым нормам, то любой существующий правопорядок будет морально правильным или справедливым.

Подобное истолкование обязательности по Кельзену встречается и у других авторов. Джозеф Раз различает два вида нормативности: социальную и обоснованную.¹⁸ Этот второй вид нормативности — обоснованную нормативность — Раз приписывает Кельзену: «Кельзен использует только концепцию обоснованной нормативности... Согласно Кельзену, лицо может рассматривать некую правовую систему в качестве нормативной, если такое лицо одобряет ее как морально справедливую и хорошую».¹⁹ «Считать право нормативным означает считать его справедливым и предполагать, что право следует соблюдать».²⁰

С тем же самым истолкованием действительности по Кельзену выступает и Карлос Нино: «Утверждать действительность некой правовой системы или некоего отдельного юридического правила означает допускать, что они имеют обязывающую силу, что их предписания создают безусловные причины для действия».²¹ «Суждения о действительности (включая основную норму) предписывают, что должны быть выполнены действия, которые требуются той нормой, к которой эти суждения отсылают».²²

Росс утверждает, что основные принципы учения Кельзена препятствуют использованию понятия «обязательность», поскольку это понятие несовместимо с правовым позитивизмом и кельзеновским пониманием свободной от ценностей науки о праве — то, что Росс обозначает как «квазипозитивизм». Нино и Раз весьма позитивно оценивают тот факт, что Кельзен использует нормативное понятие «обязательность».

Я полагаю, что понятие действительности как обязательности — в том виде, в котором его определяет Кельзен, — несовместимо с его позитивистской программой. Но этому понятию можно дать иное истолкование. Я предлагаю заменить понятие «обязательность» другим понятием — таким, которое сохранит нормативность того, что Кельзен понимает под обязательностью, но при этом будет совместимо с кельзеновским позитивизмом. Это понятие — «применимость».

¹⁸ Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // Raz J. The Authority of Law. Oxford, 1979. P. 122–145 (опубликована также в: *Normativity and Norms*. P. 47–67).

¹⁹ Ibid. P. 134.

²⁰ Ibid. P. 137.

²¹ Nino C. S. Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 1978. N 64. P. 358 (см. также: *Normativity and Norms*. P. 254).

²² Nino C. S. La validez del derecho. Buenos Aires, 1985. P. 12.

6. Применимость. Как мы видели, Росс утверждает, что в рамках позитивистской теории права следует отказаться от понимания действительности как обязательности. Ранее я присоединился к этому мнению.²³ Но сегодня, напротив, я полагаю, что можно интерпретировать нормативное понятие действительности так, чтобы можно было избежать как указанной Россом избыточности, так и моральной коннотации.

Нормативная действительность может быть истолкована не как моральная, а как правовая обязанность. Во избежание путаницы я буду употреблять для правовой обязанности термин «применимость».²⁴ Норма применима, если судья обязан или уполномочен применить ее к некоему конкретному случаю. Эта обязанность устанавливается теми нормами позитивного права, которые я обозначаю как «нормы применения». Так же как понятие «действительность», понятие «применимость» является нормативным, хотя между этими понятиями, как мы вскоре увидим, есть значительное различие.

То, что понимается под применимостью, можно продемонстрировать с помощью примера из аргентинского уголовного права. Общепринятый принцип применимости уголовно-правовых норм выражается в известном правиле «*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*» (лат. «Нет преступления и наказания без предварительного уголовного закона»). Это правило говорит о том, что уголовно-правовые нормы не имеют обратной силы — они не могут применяться к преступлениям, совершенным до того, как уголовная норма вступила в силу. В силу этого принципа суд должен применить ту норму, которая имела силу во время совершения правонарушения, даже если потом она была отменена и на момент вынесения приговора уже не имеет силы.

Имеются также и другие основополагающие принципы, которые ограничивают применение принципа *nullum crimen*. Согласно § 2 Уголовного кодекса Аргентины судья должен применить ту норму, которая предусматривает более мягкое наказание. Здесь речь может идти о норме, которая была издана уже после преступления и действует во время судебного процесса; либо о такой норме, которая до вынесения приговора отменена и утратила силу. Таким образом создается следующая ситуация: судья должен сравнить все нормы, которые имеют отношение к составу преступления и которые принадлежали к той или иной системе правопорядка в интервал времени между моментом совершения преступления и моментом вынесения судьей приговора. Из всех этих норм судья должен выбрать ту, которая предусматривает более мягкое наказание. При этом подчеркивается, что все нормы, которые должен применить судья, утратили силу, за исключением последней нормы. Таким образом, широко распространенная идея о том, что судья всегда должен применять действующее право, оказывается ложной. Фактически очень часто бывает так, что судья применяет нормы, которые уже утратили силу. Это доказывает, что де-

²³ Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law.

²⁴ Понятие «применимость» было введено в моей работе (Bulygin E. Time and Validity // Deontic Logic, Computational Linguistic and Legal Information Systems / ed. A. Martino. Amsterdam; New York; Oxford, 1982. P. 65–81 [см. русский перевод «Право и время» в настоящем издании]), а впоследствии тщательно проанализировано Моресо и Наварро (Moreso J.-J., Navarro P. E. Applicability and Effectiveness of Legal Norms // Law and Philosophy, 1997. N 16. P. 201–219).

рогация оказывает действие на применимость, но не на принадлежность. Хотя утратившая силу норма не принадлежит к более поздним правовым системам, она вполне может остаться применимой в рамках этих систем.

Такая норма, как § 2 Уголовного кодекса Аргентины, является типичной нормой применения, которая обязывает судью применить определенную норму. Речь идет о норме позитивного права, и устанавливаемая этой нормой обязанность является правовой, а не моральной. Такая обязанность не является избыточной в том смысле, который имеет в виду Росс, поскольку она не совпадает с обязанностями, установленными другими нормами. Уголовный кодекс обязывает судью приговорить обвиняемого к определенному наказанию, а нормы применения определяют, какая из уголовно-правовых норм подлежит применению. Судья должен выбрать между несколькими нормами. Для этого ему нужны определенные критерии. Такие критерии предоставляются нормами применения.

7. Применимость и принадлежность. Понятие применимости должно быть четко отграничено от понятия принадлежности. В этом отношении особую роль играют две проблемы.

Во-первых, разграничение принадлежности и применимости позволяет прояснить проблему, над которой Кельзен работал всю жизнь, не найдя ее решения. Речь идет о проблеме неправильных норм — таких норм, которые были изданы неправомочными органами (поскольку не был соблюден установленный процесс либо поскольку по своему содержанию нормы выходят за пределы компетенции этих органов). В качестве примера служат неконституционный закон или незаконное судебное решение. Эту проблему Кельзен разрабатывает под заголовком «Конфликт между нормами различных ступеней».

Из кельзеновского определения принадлежности следует, что к правовой системе не принадлежит норма, не изданная компетентным органом. Напротив, такая норма может быть применена: до того момента, пока она не будет признана неконституционной или незаконной, она будет рассматриваться в качестве действующей, и суды будут обязаны ее применять. Кельзен оказывается в затруднительном положении. С одной стороны, он не может отрицать действительности такой нормы, поскольку иначе она просто не будет существовать (ведь действительность есть специфический модус бытия норм!). С другой стороны, такие нормы *ex hypotesi* (лат. согласно гипотезе) не изданы правомочным органом. Здесь Кельзен вынужден обратиться к известной теории альтернативного условия, которая не поддается логическому обоснованию.²⁵

Во-вторых, множество применимых к некоему случаю норм не должно быть — вопреки широко распространенному мнению — частичным множеством норм, принадлежащим к определенной правовой системе. Вполне может быть, что нормы, не принадлежащие к правовой системе судьи, тем не менее будут

²⁵ По этой проблеме см.: Vernengo R. J. La función sistemática de la norma fundamental // Revista Jurídica de Buenos Aires. 1960. N 1. P. 207–225; Nino C. S. La validez del derecho. P. 29–40; *Cognition and Interpretation of Law* / eds. L. Gianformaggio, S. L. Paulson. Torino, 1995 (в этом сборнике см. особо статьи: Bulygin E. *Cognition and Interpretation of Law*; Nino C. S. *Marshall's «Logic» and Kelsen's «Problem»*; Nannini S. *Legal Validity and Conformity to Law*; Manero J. R. *On the Tacit Alternative Clause*; Gianformaggio L. *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?*; Bulygin E. *Some Replies to Critics*).

применимы. При этом речь может идти как о нормах, которые принадлежат к другим правопорядкам, так и о нормах, которые вообще не являются правовыми.

Применение норм, которые принадлежат к другому правопорядку, случается столь часто, что существует особая отрасль правоведения, занимающаяся этим вопросом, — международное частное право. Германский суд вполне может быть обязан нормами германского права применить нормы другого правопорядка к определенному случаю. От того, что германский судья применяет итальянскую правовую норму, эта норма не превратится в германскую правовую норму. Международное частное право интересуется именно теми случаями, в которых применяется иностранное право. Но при этом такое право остается тем, что оно есть, а именно *иностранным* правом.

Также нередко и применение тех норм, которые не принадлежат к правовой системе, где проходит суд. Здесь следует выделить множество различных случаев. Так же как и при применении утративших силу норм, речь может идти о тех правовых нормах, которые принадлежат к другой системе того же самого правопорядка. Может случиться и так, что суды будут обязаны или уполномочены применить моральные нормы (но при этом не будет конкретизировано, о какой морали идет речь). Из того, что суд применяет моральную норму, не следует, что эта моральная норма принадлежит к правовой системе.

8. Обязательность и применимость. В противоположность понятию «действительность» как принадлежность (такое понятие действительности дескриптивно), обязательность и применимость являются нормативными понятиями. Как было показано, предложение «Норма *N* принадлежит к правовой системе *S*» будет истинным или ложным высказыванием. Напротив, предложения «Норма *N* является обязательной» и «Норма *N* применима к некоему определенному случаю» являются нормативными, поскольку они выражают нормы, которые не могут быть обозначены как истинные или ложные. Все эти три понятия — принадлежность, обязательность, применимость — зачастую обозначаются одним и тем же термином «действительность» (и не только Кельзенем). Но эти понятия нужно четко различать.

Три указанных понятия являются реляционными, но речь идет о разных отношениях. Понятие принадлежности обозначает четырехзвенное отношение между правовой системой, уполномочивающей нормой этой системы, нормотворческим актом и нормой, которая была создана через такой акт — как следует из введенного выше правила (2). Отношение обязательности является двухзвенным — Кельзен определяет его как связь между некой нормой и действительностью (обязательностью) некой другой нормы. Понятие применимости обозначает пятизвенное отношение между правовой системой, выводимой из этой системы нормой применения, судом, неким случаем и некой применимой нормой. Норма применима, если норма применения данной правовой системы обязывает или уполномочивает суд применить норму к определенному случаю.

Важное различие между понятиями обязательности и применимости состоит в том, что относительное понятие обязательности предполагает абсолютное понятие. Но это не так применительно к понятию применимости. Ведь Кельзен описывает обязательность одной нормы как *связанную с обязательностью*

другой нормы: «Основанием действительности одной нормы может быть только действительность другой нормы».²⁶ Напротив, применяемость определяется как *связанная с существованием* нормы применения. Это различие ведет к весьма непростым следствиям, на которые указал еще Георг Хенрик фон Вригт.²⁷ Здесь я следую его рассуждениям.

Понятие «действительность» воспринималось многими философами — среди которых и Кельзен — как аналогичное понятию истины. Но релятивному понятию истины предшествует абсолютное понятие. То, что предложение, зависящее от другого предложения, является истинным, может значить лишь то, что при истинности второго предложения будет истинным и первое — истинность первого предложения зависит от истинности второго. Но истинность второго предложения зависит от истинности некоего третьего предложения и т. д. Если данный ряд не бесконечен, то он должен завершиться в некоем предложении, истинность которого не будет зависеть от другого предложения, а будет абсолютной.

Схожим образом, если мы характеризуем действительность (обязательность) нормы как зависящую от действительности (обязательности) другой нормы, то ряд обязательных норм должен либо быть бесконечным, либо завершиться в некоей норме, обязательность которой не зависит от какой-либо другой нормы, т. е. в норме, которая является абсолютно обязательной. Поскольку существование норм позитивного права зависит от человеческого поведения (нормотворческих актов), то множество таких норм не может быть бесконечным. Таким образом, абсолютно обязательные нормы должны существовать в силу логических оснований. В этом смысле релятивная обязательность — такая, какой ее определяет Кельзен, — предполагает абсолютную обязательность.

Вместе с тем идея абсолютно действительной нормы неприемлема для кельзеновского правового позитивизма, поскольку абсолютная действительность дана только в естественном праве, но не в праве позитивном. Чтобы выйти из этой дилеммы, Кельзен прибегает к теории основной нормы. Действительность конституции, а вместе с ней и всего правопорядка обосновывается с помощью гипотезы мистической основной нормы.

Однако, как подчеркивает фон Вригт, аналогия между действительностью и истинностью является ошибочной. Действительность может быть определена лишь как зависящая от существования, но не от действительности некоей высшей нормы. Это понятие относительной действительности, для которого я использую выражение «применимость», не предполагает никакого абсолютного понятия. Иными словами, та проблема, которую Кельзен пытается разрешить с помощью своей основной нормы, не возникает применительно к применимости, поскольку данное понятие зависит от существования нормы применения, но не зависит от ее применимости. Некая норма будет применима, если некая норма применения обязывает или управомочивает суд применить эту норму. Эта норма будет неприменима, если суду запрещено ее применять. Это означает, что норма не будет ни применима, ни неприменима, если нет соответствующей нормы применения. Как ни тривиально, но применимость предполагает

²⁶ *Kelsen H. Reine Rechtslehre. S. 196* [Кельзен Г. Чистое учение о праве. Вып. 1. С. 102].

²⁷ *Wright G. H. von. Norm and Action. A Logical Inquiry. P. 194–197.*

существование нормы применения. Подобное решение проблемы действительности мы находим у Харта, который ясно видит, что о действительности (*validity*) можно говорить только в рамках правила признания (*recognition rule*). Само по себе правило признания не является ни действительным, ни недействительным — нет смысла задаваться вопросом о действительности правила признания. Схожим образом обстоят дела с последней нормой применения.²⁸

Отсюда следует, что гипотеза основной нормы оказывается совершенно излишней для понятия действительности. Норма применения будет применима, если есть некая (высшая) норма применения, которая предписывает применение этой первой нормы. Но такая цепочка норм применения не может быть бесконечной. По логическим основаниям должна существовать последняя норма применения, которая не будет ни применимой, ни неприменимой. Вопрос об ее применимости просто лишен смысла.

Для Кельзена обязательность тесно связана с действенностью. Б. Челано не без оснований утверждает, что в чистом учении о праве действенность является необходимым и достаточным условием для обязательности норм — именно на этом он строит свою критику. Интересен вопрос об отношении действенности к применимости. Этот вопрос должен быть разделен, как минимум, на два вопроса: (1) должна ли норма быть действенной для того, чтобы быть применимой к некоему случаю; (2) должна ли норма применения быть действенной для того, чтобы была применима зависящая от нее норма?

Несомненно, что ответ на первый вопрос будет отрицательным. Если действенность нормы состоит в том, что эта норма соблюдается или применяется,²⁹ то применимость нормы оказывается совершенно независимой от ее действительности — норма будет применимой, прежде чем она будет применяться. Вопрос о том, будет ли суд применять эту норму, не играет никакой роли.

Ответ на второй вопрос также отрицательный, поскольку речь идет об установленных нормах. Я намеренно ограничил свои рассуждения только этими нормами. Если принадлежность не зависит от действенности, то норма применения принадлежит к правовой системе — независимо от того, будет ли эта норма действенной или нет. Ситуация усложняется, если принять во внимание нормы обычая — ведь их существование, а следовательно, и их принадлежность состоят в их действенности. Но эта проблема должна стать предметом отдельного исследования.

9. Заключительные замечания. Основные следствия, которые вытекают из приведенных выше рассуждений, могут быть подытожены следующим образом.

1. Выражение «действительность» является многозначным — в теории Кельзена можно выделить по меньшей мере два совершенно разных понятия, которые обозначены данным выражением. Эти понятия — принадлежность и обязательность.

2. Понятие «принадлежность» является дескриптивным понятием. Предложение «Норма *N* принадлежит к правовой системе *S*» будет истинным или лож-

²⁸ Cp.: Navarro P. E., Orunesu C., Rodriguez J. L., Sucar G. La aplicabilidad de las normas jurídicas // *Análisis e Diritto*. 2000. P. 133–152.

²⁹ Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. S. 10, 122.

ным высказыванием. Обязательность является нормативным понятием. Предложение «Норма *N* является обязательной» выражает норму, которая не может быть ни истинной, ни ложной.

3. Если принадлежность понимать как существование нормы, то необходимо проводить различие между правовой системой и правопорядком. Правовая система есть множество норм, увязанных с неким промежутком времени (интервалом между двумя моментами времени). Правопорядок есть последовательность множества правовых систем. Поэтому принадлежность нормы к правовой системе должна быть отграничена от принадлежности правовой системы к правопорядку.

4. Проблема отношения между действительностью и действенностью должна рассматриваться отдельно. Между принадлежностью нормы и ее действенностью нет никакой связи (если речь идет об установленных нормах, и если мы абстрагируемся от норм обычая).

5. Допущение основной нормы для определения понятия «принадлежность» оказывается совершенно излишним. Основная норма была нужна Кельзену только применительно к обязательности.

6. Понятие «обязательность» было истолковано многими авторами (среди которых Альф Росс, Джозеф Раз, Карлос Сантьяго Нино и Бруно Челано) как моральная обязанность, что несовместимо с кельзеновским позитивизмом.

7. Однако обязательность может быть истолкована как чисто правовая обязанность. Для этого я использую выражение «применимость». Определенная норма является применимой, если некая норма позитивного права (норма применения) обязывает или управомочивает судью применить эту определенную норму к некоему случаю.

8. Понятие «применимость» не следует смешивать с понятием «принадлежность». Судья может быть обязан применить нормы, которые не принадлежат ни к его правовой системе, ни к его правопорядку.

9. Анализ формальной структуры понятий «применимость» и «обязательность» показывает, что эти два понятия — как их понимает Кельзен — должны быть разграничены по существу. Кельзеновское определение релятивной обязательности предполагает абсолютную обязательность, что приводит Кельзена к постулату основной нормы. Но для применимости такая гипотетическая основная норма оказывается излишней.